



LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

**Fundamentos y tendencias actuales para
su perfeccionamiento**

Las Tunas, 2016

UNIVERSIDAD DE LAS TUNAS
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS

**LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO**
FUNDAMENTOS Y TENDENCIAS ACTUALES PARA SU PERFECCIONAMIENTO

Ana Rosa Aguilera Rodríguez, coordinadora

Las Tunas, 2016

350- A

La administración pública en el ordenamiento jurídico cubano: fundamentos y tendencias actuales para su perfeccionamiento / Ana Rosa Aguilera Rodríguez (Comp.). -- La Habana : Editorial Universitaria, 2016. -- ISBN 978-959-16-3214-2. -- 282 pág.

1. Administración Pública; Instructores de Arte; Curriculum



Ana Rosa Aguilera Rodríguez (Coordinadora) y [otros 16 autores], 2016

Editorial Universitaria del Ministerio de Educación Superior, 2016

Calle 23 entre F y G, No. 564. El Vedado, La Habana, CP 10400, Cuba

Colectivo de autores:

1. Lic. Yaumara Milagros Sánchez Feal. *Profesora asistente del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
2. Lic. Lilianna Leyva Acosta. *Profesora asistente del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
3. Massiel Cruz Peña. *Estudiante de 4to año de la carrera de Derecho.*
4. Leanis Amara Pérez Romero. *Estudiante de 3er año de la carrera de Derecho.*
5. Lic. Esmel Valera Sabugo. *Abogado del Bufete Colectivo. Municipio Las Tunas*
6. Lic. Eyanes López Batista. *Jueza del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas.*
7. Lic. Gladys Peña Palomino. *Jueza del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas.*
8. Lic. Antonio Ramón Torres Consuegra. *Abogado del Bufete Colectivo. Municipio Las Tunas*
9. Lic. Yordanis Álvarez Alzar. *Jefe del Departamento de Consultoría Jurídica y Asesoramiento Legal de la Dirección Provincial de Justicia de Las Tunas.*
10. Esp. Glory Yisel Velázquez Domínguez. *Profesora asistente del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Jefa del Departamento Jurídico de la Universidad de Las Tunas.*
11. Lic. Yusmila Saraís Martínez Matamoros. *Jueza de Tribunal Municipal Popular de Las Tunas.*
12. MSc. Aily Marina Hernández García. *Profesora instructora del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Asesora Jurídica.*
13. MSc. Elvis Sánchez Haber. *Profesor asistente del Departamento de Defensa.*
14. Lic. Sucel González González. *Asesora Jurídica de la Universidad de Las Tunas.*
15. Esp. Erick Ortega García. *Profesor asistente del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
16. Lic. Diego Palacio Torres. *Asesor Jurídico TRD Caribe.*
17. Lic. Yuslima Sanz Sánchez. *Profesora asistente del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*

18. Lic. Yailé Asnellis Durañona Acuña. *Especialista de la Dirección provincial de Justicia.*
19. Lic. Zahily de la Caridad Morales Ortiz. *Asesora Jurídica del CAM*
20. Lic. Irina Milagro Rodríguez Labrada. *Profesora asistente del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Holguín*
21. Dr. C. José Augusto Ochoa Del Río. *Investigador del Centro de Estudios sobre Cultura e Identidad (CECI) de la Universidad de Holguín*
22. Lic. Sandra Liseth Peña Quintero. *Profesora asistente del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
23. Lic. Iliana Morales Almaguer. *Profesora asistente del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
24. Esp. Tania Caridad Kindelán Rubio. *Profesora auxiliar del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
25. MSc. Ana Rosa Aguilera Rodríguez *Profesora auxiliar del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
26. Dra. C Martha Loyda Zaldívar Abad *Profesora titular de la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente.*
27. Esp. Gerardo Rojas Ramírez. *Profesor asistente del Centro Universitario Municipal de Jobabo. Universidad de Las Tunas.*
28. Lic. Orisbel León Castro. *Profesora instructora del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
29. Lic. Leonela González López *Profesora instructora del Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.*
30. Lic. Pedro Yasel Espinosa Aleaga. *Abogado del Bufete Colectivo. Municipio Las Tunas*
31. Lic. Yadira Pérez Cabreja. *Fiscal Provincial de Las Tunas*
32. Esp. Rubén Lafourcade Calzado. *Fiscal Provincial de Las Tunas*
33. Lic. Luis Enrique Palomares Ramírez. *Fiscal Provincial de Las Tunas*
34. Lic. Yexy Rodríguez Díaz. *Fiscal Provincial de Las Tunas*
35. Lic. Niurka Gutiérrez Sánchez. *Fiscal Provincial de Las Tunas*

ÍNDICE

PRÓLOGO

PLURALISMO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO: EXPERIENCIAS Y PERSPECTIVAS

- Lic. Yaumara Milagros Sánchez Feal

LA CONSTITUCIÓN COMO REFERENTE CULTURAL. UN DEBATE NO ZANJADO

- Lic. Yaumara Milagros Sánchez Feal

LA IGUALDAD Y SU INSERCIÓN EN LA CONDICIÓN DE CIUDADANO

- Lic. Lilianna Leyva Acosta
- Massiel Cruz Peña (estudiante)

LA PARTICIPACIÓN POPULAR COMO GARANTÍA SOCIAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.

- Lic. Lilianna Leyva Acosta
- Leanis Amara Pérez Romero (estudiante)

LA JUDICATURA CUBANA HACIA UNA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.

- Lic. Esmel Valera Sabugo

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL CUBANO EN LA CONSTITUCIÓN.

- Lic. Eyanes López Batista.
- Lic. Gladys Peña Palomino.

ENCRUCIJADAS DE LA VERDAD Y LA JUSTICIA

- Lic. Antonio Ramón Torres Consuegra

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO NORMATIVO CUBANO: TRASCENDENCIA Y APLICABILIDAD

- Lic. Yordanis Álvarez Alzar.

NECESIDAD DE INDEPENDENCIA DEL PROCEDIMIENTO FAMILIAR DE LA JURISDICCIÓN CIVIL CUBANA. RESPALDO CONSTITUCIONAL.

- Esp. Glory Yisel Velázquez Domínguez
- Lic. Yusmila Saraís Martínez Matamoros

LA DISCRECIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

- MSc Aily Marina Hernández García
- MSc. Elvis Sánchez Haber
- Lic. Sucel González González

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN CUBA. UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS DEL ADMINISTRADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

- Esp. Erick Ortega García.

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LAS REDES COMERCIALES MINORISTAS

- Lic. Diego Palacio Torres

LA REVOCACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. PRESUPUESTOS TEÓRICOS NECESARIOS PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.

- Lic. Yuslima Sanz Sánchez.
- Lic. Yailé Durañona Acuña

TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA GESTIÓN PÚBLICA MUNICIPAL. VISIÓN DESDE CUBA.

- Lic. Zahily de la Caridad Morales Ortíz.

GOBIERNO Y FACULTAD REGLAMENTARIA: UNA APROXIMACIÓN A LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS EN EL ÁMBITO HOLGUINERO.

- Lic. Irina Milagro Rodríguez Labrada
- Dr. C. José Augusto Ochoa Del Río

EL DESARROLLO LOCAL EN DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL DEL MUNICIPIO MANATÍ.

- Lic. Sandra Liseth Peña Quintero.
- Lic. Iliana Morales Leyva.

LA EDUCACIÓN JURÍDICO-AMBIENTAL. SU CONTRIBUCIÓN A LA FORMACIÓN SOCIOPOLÍTICA DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO.

- Esp. Tania Caridad Kindelán Rubio

LA ESTRUCTURA MUNICIPAL EN AMÉRICA LATINA. UN ESTUDIO COMPARADO.

- MSc. Ana Rosa Aguilera Rodríguez

EMPODERAMIENTO FEMENINO Y POLÍTICAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN AMÉRICA LATINA

- Esp. Ana Rosa Aguilera Rodríguez
- Dra. C Martha Loyda Zaldívar Abad

PERSPECTIVA SOCIAL DEL DERECHO DE FAMILIA. VISIÓN DESDE CUBA.

- Esp. Gerardo Rojas Ramírez
- Lic. Orisbel León Castro

MENORES TODOS, PERO DESIGUALES

- Lic. Yaile Asnellis Durañona Acuña

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS GARANTÍAS DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN CUBANA EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

- Lic. Leonela González López.

LA NEGOCIACIÓN COMO FORMA ALTERNATIVA DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

- Lic. Pedro Yasel Espinosa Aleaga.

ACCIONES PARA LOGRAR UNA MAYOR EFECTIVIDAD DE LAS VERIFICACIONES FISCALES EN EL MUNICIPIO DE JESÚS MENÉNDEZ.

- Lic. Yadir Pérez Cabreja.

EL MONTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO. APROXIMACIÓN A UNA PROBLEMÁTICA ACTUAL EN CUBA.

- Esp. Rubén Lafourcade Calzado

EL DELITO DE COHECHO Y LAS FUNCIONES PÚBLICAS.

- Lic. Luis Enrique Palomares Ramírez

LA OBRA MÁS HUMANA Y JUSTA: EDUCACIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

- Lic. Yexy Rodríguez Díaz
- Lic. Niurka Gutiérrez Sánchez

PRÓLOGO

Uno de los retos que ineludiblemente tiene el Estado cubano es el perfeccionamiento continuo de cada una de las instituciones jurídicas que respalda. En ese entramado, adquieren trascendental valor, las concernientes a lo Constitucional y Administrativo; sobre todo, por la amplia participación que tienen las relaciones jurídicas que generan en la concreción del poder estatal, para la obtención o cumplimiento de finalidades estatales concretas en beneficio de toda la sociedad.

Con la presente monografía, se abordan temáticas relacionadas fundamentalmente con las materias referidas *up supra*, aunque también se abordan temas pertenecientes a otras ramas jurídicas, como clara expresión del carácter monista que tiene nuestro Derecho.

Es fruto de la reunión de varios artículos presentados por juristas que en su mayoría, cursan la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo que imparte actualmente en el territorio la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. También participan otros profesionales que prestigian las Instituciones jurídicas del Territorio.

Su valor está en que se refieren aspectos que medularmente pueden influir en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico patrio, máxime en los tiempos actuales, en los que el país realiza cambios de suma relevancia en virtud de los lineamientos del Partido Comunista de Cuba, que trascienden a las distintas relaciones sociales reguladas por el Derecho.

Sirva modestamente como material complementario para que estudiantes de Derecho, juristas en general y otros interesados, puedan ampliar su cultura jurídica.

PLURALISMO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO: EXPERIENCIAS Y PERSPECTIVAS

LIC. YAUMARA SÁNCHEZ FEAL.

En las últimas décadas del siglo XX, algunos países latinoamericanos reconocieron de manera expresa en sus cartas magnas el carácter multiétnico y pluricultural del Estado, admitiendo igualmente la convivencia alternativa de los sistemas normativos de los pueblos indígenas con el derecho estatal, es decir, el pluralismo jurídico dentro del ámbito de la administración de justicia. Así tenemos que la Constitución de Colombia de 1991 fue la primera en reconocer el derecho y la jurisdicción indígena, seguida por la Constitución de Paraguay (1992) y Perú (1993), luego por la reforma constitucional de Venezuela (1999), Bolivia, (2009) y por último, la de Ecuador (2008). En todas estas constituciones se reconocen el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial indígena, a la vez que se establecen unos límites al ejercicio de la misma, previendo la aprobación de una ley de coordinación entre la jurisdicción estatal y la indígena¹. En consideración de los vínculos e influencias entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, tales como, el Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT, 1989), la Convención sobre la protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO,2007).

En el presente estudio se pretende exhibir algunas consideraciones referentes a lo que en teoría implica, la aceptación de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas, vinculando tales interpretaciones a sus antecedentes teóricos, en post de desembarazar los aportes que puedan mejorar nuestra visión sobre el derecho. Por lo que es objetivo general de este trabajo demostrar el respaldo constitucional que ostenta el pluralismo jurídico, en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Para comprender este novedoso tema debemos partir de la más elemental de las definiciones que se ha realizado y aceptado por la academia, exponiendo, que – Se considera pluralismo jurídico “ a la aceptación de que varios ordenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas².

También puede ser definido como: la coexistencia dentro un Estado de diversos conjuntos de normas jurídicas positivas en un plano de igualdad, respeto y

¹ Cfr. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, publicado en Pace International Law Review Online Companion, Vol 2 No 2, septiembre de 2010. Disponible en internet: <http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/16/>.

² Reale, M: "Introducción al derecho"-Ed. Pirámide-Madrid-1984-p. 105

coordinación.³ En resumen, es la coexistencia de dos o más ordenes jurídicos en un mismo ámbito de tiempo y de espacio.

Sin embargo si repasamos los conceptos que históricamente nos han enseñado en las tradicionales escuelas de derecho, existe una franca contradicción con los mismos. Para ello partimos de la idea de que en un primer momento de la formación de los estados nacionales durante el régimen feudal, la existencia de un derecho que dimanaba de los grandes señores feudales, la iglesia o los monarcas y que inexorablemente confluían y hasta entraban en franca contradicción, fueron cediendo su espacio a la formación de los Estados Modernos, fundamentalmente con el advenimiento de la burguesía al poder y, por supuesto, reflejado en los territorios de la vieja Europa y el norte de América. Así las cosas, se pasa a considerar que la formación del Estado Moderno corre hacia un poder coactivo cada vez más centralizado, que representa los intereses de esta incipiente nueva clase económicamente dominante que poco a poco se va haciendo del poder político y por ende, con el poder coactivo, tendente a la supresión de forma gradual de los centros de poderes inferiores, eliminándose de esta forma la posibilidad real de creación jurídica por parte de otra instancia que no fuera el Estado. Este fenómeno histórico conllevó inexorablemente a la concentración del poder normativo y coactivo que caracteriza el surgimiento del denominado Estado Nacional Moderno.

El concepto Pluralismo jurídico se contrapone a las concepciones existentes y más aceptadas en la academia, actuando como antítesis, partiendo de la idea positivista de que solo el Estado tiene dentro de sus rasgos, aquel de crear derecho y vinculando la producción de las leyes solo a la actividad estatal, traduciéndose en que solo será considerado Derecho, aquel que proviene o dimana de la actividad estatal, por lo que solo será considerado Derecho, el derecho estatal.

Se hace necesario, cuando de pluralismo jurídico se habla, referirse a su antítesis: el argumento del monismo jurídico, que exalta la pretensión estatal en la creación de un único derecho. En tal sentido Norberto Bobbio, en su "Teoría General del Derecho" escudriña la génesis de este concepto de la siguiente manera: "La teoría estatista del Derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad feudal. Esta sociedad fue pluralista, es decir formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios". La tesis anterior expone la máxima del fortalecimiento del Estado moderno sin reconocer cualquier otro sistema jurídico en el mismo espacio donde el derecho estatal impone su existencia. El pluralismo jurídico nace como respuesta a esa pretensión monopolista y centralizadora del Estado

³MACHICADO, Jorge, "¿Qué es el pluralismo jurídico?". UNAM, México.

La visión monista del derecho presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado, considera que todas aquellas normas que están fuera del derecho Estatal no pueden ser consideradas como derecho.

Para Kelsen la concepción monista del estado resultaba inevitable puesto que el derecho sólo existe en la forma de un sistema único y universal⁴.

El monismo jurídico para el derecho tradicional está comprometido con los principios de igualdad, unidad política y seguridad jurídica, y considera fundamentales los valores de la libertad individual y el orden dentro de la comunidad política. Para el monismo, seres humanos iguales deben ser ciudadanos iguales, esto es, con los mismos derechos y obligaciones básicos. Por esta razón, el monismo jurídico, exige que el soberano expida, en principio, normas que estén dirigidas a todos los ciudadanos y que pretendan regir sus acciones por largos periodos de tiempo.

La interpretación postmoderna de lo que se ha dado por denominar pluralismo legal o jurídico, como uno de los nuevos paradigmas surgidos en los últimos años, ha venido cuestionando la concepción del derecho estatal, que se presenta como una “... *ley única, autónoma y autocrática*”, omnipresente en todos los ámbitos de la vida social de los Estados naciones⁵.

Sin embargo, un sistema de normas no se identifica necesariamente con un conjunto ordenado y estructurado de normas estatales. Las normas son o pueden ser una parte del sistema jurídico, pero este no se acaba solo en las normas.

El pluralismo jurídico da la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no de pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas.

Una concepción pluralista del derecho admite una coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de la misma naturaleza, particularmente de sistemas jurídicos estatales. Una concepción pluralista del derecho admite la coexistencia de una pluralidad de sistemas de naturaleza diferente, tales como los sistemas del derecho internacional público, y los sistemas jurídicos corporativos o sistemas jurídicos transnacionales⁶.

Varios autores se han encargado del contribuir con ideas originales sobre el pluralismo jurídico

Eugene Ehrlich fue el primero en hablar de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Señala que el punto central del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia. Se sitúa en la sociedad misma, puesto que el derecho es un orden interno de las relaciones sociales, tales como la familia, las corporaciones⁷.

⁴ Cfr. Julio Fernández Bulté; Filosofía del Derecho, Cuba, Editorial Félix Varela, 2005. Pág. 180.

⁵ Alfredo Sánchez Castañeda; Los orígenes del Pluralismo Jurídico. Disponible en Internet www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.

⁶ *Idem*. Pág. 475

⁷ *Idem*. Pág. 477.

Santi Romano quien ha desempeñado un papel incontestable en la discusión sobre la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, señala que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica. Dice que se trata de sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse prácticamente una eficacia completa. Sin embargo, el derecho estatal, en la medida que desconoce e ignora estos sistemas, termina por sufrir también un cierto grado de ineficacia⁸.

George Gurvitch, advierte que el monismo jurídico corresponde a una situación política contingente, la creación de los grandes Estados modernos, en el siglo XV y el siglo XIX. La ley del Estado no es la única ni la principal fuente del derecho⁹. El pluralismo jurídico encuentra su justificación y fundamento, en la teoría de los hechos normativos es decir, en la teoría que ubica el poder jurídico en todas las comunidades que en un solo y mismo acto generan el derecho y fundan su existencia sobre el derecho, en las comunidades que, en otros términos, crean su ser generando el derecho que le sirve de fundamento.

Boaventura expone que cuando se habla de la noción de pluralismo jurídico cultural, se está frente a la idea de que el discurso jurídico es el reflejo de una cultura determinada, por ejemplo la cultura occidental tiene un discurso jurídico producto de su cultura. Se trata solo de un discurso jurídico de entre tantos existentes, si bien cierto, dominante y hegemónico. Esto lo podemos apreciar desde Turquía, hasta las comunidades indígenas latinoamericana¹⁰.

Bobbio señala que el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases: la primera corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, donde existe no solo uno, sino muchos ordenamientos nacionales, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento estatal propio. Esta tiene una forma tiene cierto carácter estatista. En cuanto a la segunda fase le corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir un grupo social organizado¹¹.

El pluralismo jurídico ha sido sin duda un concepto polémico. Dos son las críticas centrales a los postulados que defiende esta corriente de pensamiento. La primera, hace referencia a la definición del derecho que implícita o explícitamente subyace a la teoría.

Esta crítica tiene cuatro aristas que se complementan. La primera arista, critica la vaguedad del concepto de derecho que defienden los pluralistas jurídicos. La

⁸ *Idem.* Pág. 478.

⁹ *Idem.* Pág.479.

¹⁰ *Idem.* Pág. 481.

¹¹ *Idem.* Pág. 482.

segunda, afirma que la vaguedad de la definición pluralista del derecho termina destruyendo los límites entre lo jurídico y lo social. Todo ordenamiento normativo podría legítimamente calificarse como un ordenamiento jurídico y por tanto, la categoría derecho perdería toda utilidad analítica.

La tercera arista señala que además de vagas, las definiciones del derecho que defienden los pluralistas terminan dependiendo conceptualmente del derecho estatal, esto es, se asume una perspectiva funcionalista que recoge las características típicas del derecho oficial o las funciones que usualmente se le atribuyen a éste. Los pluralistas, pues, terminan en donde empezaron y de donde querían rápidamente partir: el monismo jurídico liberal.

Finalmente, la cuarta arista, indica que el uso de un concepto de derecho vago y dependiente del monismo jurídico como el que defienden los pluralistas, antes que promover uno de los objetivos centrales de la corriente de pensamiento, esto es, la aceptación de órdenes no estatales. Estos ordenes no estatales terminarán asimilados al orden estatal y los elementos que los caracterizan terminaran siendo obviados o calificados como marginales.

La segunda crítica, cuestiona el carácter expansivo del pluralismo jurídico. Esta perspectiva, afirma que la ampliación del dominio de lo jurídico sirve notablemente a los académicos del derecho pero muy poco a los espacios sociales que el derecho coloniza. Mientras que los primeros expanden su poder al ensanchar su objeto de estudio y al ejercer un control epistemológico sobre éste, los segundos no reciben claros beneficios cuando son calificados como jurídicos.

El pluralismo jurídico se imbrica dentro de la corriente de pensamiento jurídico del llamado nuevo Constitucionalismo Latinoamericano¹², a través del reconocimiento de los derechos indígenas en las cartas políticas de distintos países latinoamericanos, pero es en las constituciones de Venezuela¹³ y Bolivia¹⁴, donde se expresan con mayor fuerza.

¹² Las Constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano fundan su legitimidad en procesos constitucionales populares y contienen normas expresamente orientadas a fomentar la inclusión de los grupos sociales vulnerables. Adicionalmente los textos constitucionales incorporan principios y derechos que tienen su origen en tradiciones autóctonas como el indigenismo y el ecologismo.

¹³ En el Capítulo VIII que se denomina “De los Derechos de los Pueblos Indígenas” y se enmarca dentro del Título III de la Constitución, “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”. Consta de 8 artículos (119 al 126). Entre los derechos reconocidos están: 1) Derecho a mantener su propia organización social, política y económica, culturas, idiomas y religiones (artículo 119); 2) derecho a la propiedad de sus hábitat y tierras ocupadas ancestralmente (artículo 119); 3) derecho al aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 120); 4) protección a la identidad y cultura indígena (artículo 121); 5) derecho a la educación intercultural y bilingüe (artículo 121); 6) derecho a la salud y reconocimiento a la medicina tradicional indígena (artículo 122); 7) derecho a la autonomía y autogestión (artículo 123); 8) derecho a la propiedad intelectual colectiva (artículo 124); 9) derecho a la participación política, acceso a la formación profesional y al trabajo (artículo 125). El artículo 126 está la denominada “cláusula de salvaguarda de la soberanía e integridad territorial”.

El Constitucionalismo Latinoamericano no es uniforme en cuanto a la terminología que utiliza para referirse a los pueblos, naciones, comunidades, etnias o poblaciones indígenas¹⁵. Más que tratarse de un asunto semántico, la noción que se emplee tiene repercusiones jurídicas, puesto que el derecho internacional determina estatutos diferentes para cada una de esas categorías; por ejemplo, únicamente a los pueblos se les reconoce el derecho a la autodeterminación y la tendencia mayoritaria en la región es recurrir a la expresión *pueblo indígena*¹⁶.

Colombia fue el primero de los Estados Latinoamericanos que reconoció en su Constitución de 1991 la jurisdicción indígena, el pluralismo étnico y cultural de la nación en el art. 7, estableciendo, a su vez, un amplio catálogo de derechos para estos pueblos indígenas. El ejemplo de la Constitución colombiana fue seguido, por Perú (en la Constitución de 1993), Bolivia (en la reforma constitucional de 1994), Ecuador (en la Constitución de 1998) y Venezuela (en su Constitución de 1999). Las actuales Constituciones ecuatoriana (2008) y boliviana (2009) recogen en mayor medida el pluralismo jurídico. La novedad y diferencia, con respecto a otras regulaciones constitucionales y legislativas, radicaba en la aceptación -al más alto nivel normativo- de la jurisdicción indígena.

En el caso de Venezuela el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas se encuentra expresamente reconocido en su carta política y se reconoce además la jurisdicción indígena como mecanismo alterno de justicia¹⁷.

¹⁴ La Constitución de Bolivia, aprobada mediante referéndum el 25 de enero de 2009 señala en su artículo 30.II.4 que es nación y pueblo indígena originario campesino toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española. Además el artículo 2 agrega que dada a su existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominación ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.

¹⁵ José Martínez Cobo; Estudio del problema de la discriminación en contra de las poblaciones indígenas, Documento de Naciones Unidas. Disponible en Internet en: www.cinu.mx

¹⁶ *Idem*. Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.

¹⁷ Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional

Se trata de una jurisdicción autónoma en sentido estricto, que se encuentra insertada dentro del Capítulo III del Título V, relativo al Poder Judicial y al Sistema de Justicia Nacional, al igual que la jurisdicción militar y la justicia de paz, en el cual deben existir relaciones de coordinación y subordinación con el sistema de justicia nacional, tal como lo prescribe el mismo artículo 260 y por el principio de supremacía constitucional pautado en el artículo 7 del texto constitucional, debiendo además respetar el principio de la interdependencia y colaboración con los demás Poderes Públicos a los fines del Estado, conforme lo ordena el artículo 136 de la Constitución. En el Preámbulo del Texto Constitucional se declaró al Estado Venezolano como una nación *multiétnica, pluricultural y multilingüe*, reconociendo de manera expresa y formal un capítulo que consagra los derechos *propios y vitales* de los distintos pueblos y comunidades indias, que garantizan su organización social y económica, sus culturas, usos y costumbres, así como sus idiomas y religiones, vale decir, su *identidad cultural* como pueblos. De aquí su carácter pluricultural, sin repeler la visión intercultural de los Principios Constitucionales de igual manera (*igualdad y no discriminación*) así como el reconocimiento de una jurisdicción indígena como mecanismo alterno de justicia y validando además el uso del derecho consuetudinario indígena.

En el caso de Bolivia, esta acumula una larga tradición de prácticas probadas en un determinado contexto cultural, se basa en una visión global no sectarizada, es administrado por autoridades nombradas y controladas por la Comunidad y su Asamblea. Suele funcionar a niveles locales y directos. Es fundamentalmente oral y muy flexible en el tiempo y espacio. No es automáticamente abierto a influencias ajenas. Está permanentemente abierto a influencias ajenas y su acceso y resoluciones son rápidos y de bajo costo.

Es la constitución política que mayor relevancia concede al derecho indígena, incluso sobre los estándares internacionales, reconociéndoles el derecho a su sistema político, jurídico y económico, de acorde a su cosmovisión en un marco de pluralismo jurídico e interculturalidad, otorgando además igual jerarquía tanto a la jurisdicción ordinaria como la indígena¹⁸.

Tomando como base las referencias doctrinales del nuevo constitucionalismo y el denominado pluralismo jurídico el argumento de este último, en alguna medida es incompatible en el sentido de la negación de la exclusividad estatal en la producción del derecho. El objeto de las constituciones de los estados modernos es justamente la individualización de quienes y bajo que formas se crea el derecho, como un modo singular y único, o bien qué fuentes jurídicas se permiten al interior del ordenamiento, amén de que sean explícitas las manifestaciones de esta corriente, emanadas no como modo de resistencia a la omnipotencia estatal, sino como consecuencia originada por la ausencia de Estado. En ello confluye de igual manera los aspectos sociológicos, culturales, ideológicos, elementos importantes a tener en cuenta en la región Latinoamericana.

¹⁸ Cfr. Artículos 30.II, 14, 179, 180 y 191-193.

El reconocimiento del Derecho y de la jurisdicción indígena soporta la parvedad de su articulación o coordinación con el sistema jurídico estatal. Esta conjunción, que llevarían a cabo los Estados a través de las llamadas Leyes de Coordinación, debe ser respetuosa con el mismo reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y del pluralismo jurídico.

Pero, ¿cuáles ejemplos concretos podrían citarse del pluralismo jurídico latinoamericano?, en esta parte del mundo, las primeras investigaciones que comenzaron con la búsqueda de ejemplos de derecho Alternativo, así como en la creación de espacios diferentes para la solución de conflictos en grupos sociales definidos, en especial, por la existencia de normas procedimentales no conminadas por el aparato estatal, se iniciaron con Ernesto Garzón Valdez quien ha presentado los estudios desarrollados por Gessner en México, el cual observó cómo en el ámbito del derecho privado se solucionan en este país los conflictos sociales para los cuales el ordenamiento jurídico no ofrece un procedimiento para la posible solución, mostrando la reducida importancia que tiene la actividad judicial para la solución de conflictos principalmente en zonas rurales, donde prácticamente no se recurría a los tribunales.

Este modo de proceder tiene su justificación en la desconfianza total que existe en los administradores de la justicia como resultado de una corrupción administrativa histórica y de gran fama, unido a viejas prácticas casi feudales que aun imperan en estos territorios rurales.¹⁹

No es de extrañar que precisamente sea Brasil el primero en defender la idea del Derecho Alternativo aunque sus padres defensores no fueran precisamente juristas brasileños y sí mexicanos o argentinos, es en este país suramericano donde se puede detectar rasgos de pluralismo jurídico.

Uno de los primeros en utilizar el concepto de pluralismo jurídico sin lugar a la duda, es Boaventura de Souza Santos, quien teniendo como base el estudio de las Favelas brasileñas, concluye que en esas experiencias se desarrollan procesos sociales de pluralismo jurídico como alternativa a la legalidad.

El concepto de Favela surge en el nordeste brasileño y significa: Asentamientos poblacionales que carecen de derechos de propiedad, y constituyen aglomeraciones de viviendas de una calidad por debajo de la media. Sufren carencias de infraestructuras básicas, de servicios urbanos y equipamientos sociales y/o están situadas en áreas geológicamente inadecuadas o ambientalmente sensibles. En su búsqueda de una vivienda asequible, los pobres de las ciudades se enfrentan de esta forma a un equilibrio entre la localización y los derechos de propiedad. Las favelas ofrecen la proximidad a los empleos, el comercio y los equipamientos urbanos.

¹⁹ Garzón Valdez, E: "Acerca de las funciones del derecho en América Latina", en Cuadernos de la Universidad de Palma de Mallorca-1982-p.23

Esta cruda realidad, inexorablemente conlleva a que para tener que sobrevivir ante el orden estatal imperante y al margen de la legalidad oficialista, el llamado *derecho de favela* incluye normas del derecho estatal y otras que no pertenecen a él, donde se produce una especie de inversión de la norma básica de propiedad, de esta forma la ocupación ilegal de las tierras (según el derecho estatal) pasa a ser propiedad legal según el *derecho de favela*.

A partir de esta inversión jurídica, en la comunidad se aplican normas estatales como el derecho a comprar, vender o arrendar la propiedad. Tal derecho es aplicado por una *Asociación de Vecinos*, quien asume una función registral y dirimidor de posibles conflictos entre sus habitantes.

Según este autor, los puntos retóricos de este lenguaje jurídico marginal, tienen su base en la búsqueda del equilibrio, la cooperación y la buena vecindad, existiendo jueces con una función más que condenatoria, mediadora, donde no existen vencidos o vencedores, posiblemente por poseer un aparato coercitivo precario o porque sencillamente no les interesa la coerción, pero siendo más eficiente que la coerción estatal ya que tiene su base en el consenso y en la aceptación de la competencia del juez, que en el sistema estatal solo es un presupuesto pero que en la práctica es desmentido por la realidad, lo cual no se contradice con la idea de que en ocasiones se utilice a la fuerza policial para que se acaten las decisiones.

Otra característica interesante es que el objeto de la litis puede ser ampliado o reducido en el transcurso del proceso, a diferencia de los códigos procesales vigentes, siendo lo importante resolver la controversia, no existe nadie perjudicado por haber omitido un requisito formal o procesal.

Otro elemento interesante es el lenguaje, donde se intenta que sea claro, directo y en contraposición con la retórica tradicional del derecho que lo convierte en inaccesible para personas no entendidas o no especializadas.

Como un ejemplo de pluralismo jurídico también se menciona a la comunidad de Calahuyo en el Perú, destacándose que resulta un exponente valioso por ser una comunidad que comenzó integrada al sistema legal peruano, hasta que a mediados de la década del 70 decidió romper con el mismo construyendo un sistema de resolución de conflictos, lo cual no solo estuvo justificado por la propia disfuncionalidad de los mecanismos oficiales jurisdiccionalistas, si no por las distintas pautas culturales imperantes en la comunidad, que consagran una valoración de sus justicia que no siempre coincide con el resto de la comunidad.

Para ejemplificar este fenómeno, también no se puede dejar de soslayar los territorios que se encuentran bajo conflictos armados donde predomina la guerra de guerrillas, las que se han dotado de ordenamientos jurídicos que rigen para los territorios ocupados por estas facciones.

La propia historia cubana es un ejemplo de pluralismo jurídico, desde mucho antes de conceptualizar esta categoría. En las propias guerras de independencia de mediados del siglo XIX en los territorios ocupados por las fuerzas mambisas, que en un momento abarcó a más de la mitad de la Isla de Cuba, desde la antigua provincia de Oriente hasta las Villas, se proclamaron varias constituciones que no dimanaron del poder estatal español imperante en la Isla. En estos territorios existía un ordenamiento jurídico con vida propia que abarcaba desde la organización de un estado evidentemente no reconocido por la metrópolis española ni por la comunidad internacional, hasta normas penales, civiles y económicas.

Otro tanto resulta de la organización de los territorios ocupados por el Ejército Rebelde en las montañas orientales en pleno siglo XX, donde de igual forma, y a pesar de no existir un texto magno, si existían normas jurídicas de obligatorio cumplimiento para todos, con la existencia de tribunales que dirimían las conductas de los individuos que vivían en los territorios ocupados.

Es incuestionable, que mientras subsistan las condiciones objetivas que hicieron surgir el pluralismo jurídico, con estado que no representan los intereses de toda su comunidad o carentes de prestigio y tendentes a la frustración de las aspiraciones políticas, culturales o de origen étnico, social y la no inclusión de todos los actores con aspiraciones políticas o diferencias en culturas o movimientos de liberación nacionales, existirá el pluralismo jurídico, con más fuerza, en tanto, se perfilen sus sustentos teóricos y doctrinales y la profundización de su estudio en varias regiones del mundo.

La formalización del reconocimiento estatal al pluralismo jurídico es un paso importante que representa un punto de partida que exige un ejercicio de desprendimiento mental del imaginario cultural y jurídico occidental.

El principio según la cual toda soberanía pertenece exclusivamente al Estado, cede cada vez más ante la emergencia de entidades colectivas que propugnan la desintegración de la soberanía estatal en la creación y aplicación de normas de autorregulación paralelas al derecho estatal. Esta proliferación de entes regidos por sus propios parámetros normativos no sólo conlleva lógicas diferentes o contrarias al derecho estatal, sino incluso, tienen la capacidad de imponerse al propio sistema jurídico imperante.

El pluralismo jurídico es una perspectiva que amplía las fronteras conceptuales del Derecho más allá de la concebida por la ciencia jurídica tradicional, y subraya que la manifestación de lo jurídico no se agota en el derecho estatal ni todas las culturas jurídicas existentes se reducen a la tradición jurídica occidental, siendo ésta más bien, una más de una pluralidad de expresiones existentes socialmente.

La experiencia constitucional analizada demuestra que a causa de las condiciones sociales, económicas, étnicas y culturales particulares, se han producido experiencias que ponen en entredicho los fundamentos del monismo jurídico y le dan nuevos aires a las potencialidades emancipadoras que tiene el Derecho

constitucional como disciplina e instrumento transformador de las relaciones institucionales, sociales, económicas y culturales, en un marco de procesos políticos nuevos con un inmenso y persistente apoyo popular que han producido cambios profundos de incuestionable naturaleza pacífica y democrática.

Bibliografía.

Adonon Viveros, A; (2009), Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México, Nueva Antropología, Vol. XXII, N° 71, pp. 51-72.

Cobo Martínez, José; Estudio del problema de la discriminación en contra de las poblaciones indígenas. Documento de Naciones Unidas [En línea] [Consultado 7 de octubre de 2014, 8.20]. Disponible en Internet en: www.cinu.mx.

Fernández Bulté, Julio; Filosofía del Derecho, Cuba, Editorial Félix Varela, 2005. Pág. 180.

Gargarella, Roberto; Nuevo Constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción, revista Onteaiken, No 15, mayo 2013. [En línea] [Consultado 8 de octubre de 2014,12.30]. Disponible en Internet en: www.accioncolectiva.com.ar

Pisarello, Gerardo; El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década, [En línea] [Consultado 8 de octubre de 2014,1.00] Disponible en Internet en: www.sinpermiso.info

Robles Morchón, G; Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del Derecho, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

Rodríguez Aguilar, C; Justicia comunitaria y las Rondas Campesinas en el sur andino, SER, Lima, 2007.

Romano, S; El ordenamiento jurídico, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

Sánchez Rubio, D; Sobre el derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad, Porrúa, México, D.F, 2002.

Souza, M. L; El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales, Bogotá. 2001

Sánchez Castañeda Alfredo; Los orígenes del Pluralismo Jurídico. [En línea]. [Consultado 7 de octubre 2014, 9:00] Disponible en Internet en: www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.

Villoro, L; Estado plural, pluralidad de culturas, Paidós, México D.F. 1998.

Wolkmer, A. C; Pluralismo Jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica, Mad, Sevilla, 2006.

Yrigoyen, R; Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

Revista.

The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, publicado en Pace International Law Review Online Companion, Vol 2 No 2, September de 2010. [En línea] [Consultado en 7 de octubre de 2014 12.00] Disponible en Internet en: <http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/16/>>.

Legislación Consultada.

Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT, 1989). [En línea] [Consultado en 8 de octubre de 2014,8.00]

Disponible en:<https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvenio/PAG0365.pdf>

Convención sobre la protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO, 2007). [En línea] [Consultado el 8 de octubre del 2014, 9.00] Disponible en Internet en: www.cdc-ccd.org >

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [En línea] [Consultado el 8 de octubre del 2014 11.00]

Disponible en Internet en:www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf

Constitución deL Estado Plurinacional de Bolivia. [En línea] [Consultado el 8 de octubre del 2014 2.00]

Disponible: www.harmonywithnatureun.org/content/.../159Bolivia%20Consitucion.pdf

LA CONSTITUCION COMO REFERENTE CULTURAL. UN DEBATE NO ZANJADO

LIC. YAUMARA MILAGROS SÁNCHEZ FEAL.

Además de lo que es ecuménico, cada comunidad, por los contextos geográficos e históricos, posee su propia cultura, diferente, aunque siempre en contacto con las demás y sufriendo sus influencias. Sin embargo, la circulación sin precedentes de bienes culturales y de personas conduce, contradictoriamente, a tendencias de uniformización y de multiculturalismo, que no escapan de una regulación positiva y que trascienden a los efectos de una constitucionalización.

A decir de Jorge Miranda la cultura es todo cuanto tiene significado espiritual y, simultáneamente, adquiere una dimensión colectiva, todo cuanto se refiere a bienes no económicos y cuanto tiene que ver con obras de creación o valoración humana, contrapuestas a las puras expresiones de la naturaleza. Si damos una mirada a los textos fundamentales de cualquier ordenamiento jurídico, especial atención le conceden a los preceptos culturales que no se limitan al reconocimiento de aspectos identificativos culturales como los usos y costumbres cotidianos, la religión, los símbolos comunitarios, las formas de aprehensión o la transmisión de conocimientos; sino que jerarquizan y garantizan derechos fundamentales a los que en alguna medida algunos reconocen como Derechos Humanos, Garantías Fundamentales y otros como Deberes y Derechos Fundamentales. Por lo que el ejercicio de estos derechos debe estar respaldado por políticas culturales, que aunque respondan a ese interés clasista permitan la salvaguarda de los elementos antropológicos, sociales, ideológicos que a mi juicio sustentan la identidad cultural de un Estado.

En el marco de la generación de políticas públicas culturales se precisa aclarar la premisa del plano interpretativo desde donde éstas se generan, que viene a ser una manifestación de los procesos de globalización económica y mundialización de la cultura. Las políticas culturales, así como las políticas públicas en general tienen relación con el ámbito de acciones y flujos de la información, y a las múltiples formas de interpretación y de acción representativa del sector público, privado y de la sociedad civil.

La cultura como dimensión simbólica de lo social y referente del conjunto de prácticas y representaciones sociales constituye un espacio democratizado de la sociedad, tras ese panorama, la cultura y la política mantienen una relación recíproca, en donde el Estado cumple un rol primordial, seguido de sectores organizados y con representatividad. Así lo expresa Néstor García Canclini (citado por NIVON BOLÁN 2006), cuando define la política cultural como “el conjunto de intervenciones realizadas por el estado, las instituciones civiles y los grupos comunitarios organizados a fin de orientar el desarrollo simbólico, satisfacer las necesidades culturales y obtener consenso para un tipo de orden o transformación social”.

Diferentes definiciones se han esgrimido en torno a la cultura. Su concepto es una categoría fundamental de los estudios sociales. Sin embargo, no ha existido ni existe una única definición, sino un gran número de criterios diferentes, más amplios o más restringidos, según la orientación teórica de cada uno de los autores.

Según las acepciones convencionales que da el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, en su edición del año 2000, la cultura es entendida, en su segunda acepción, como el «conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico e industrial, en una época o grupo social»; y, en su tercera acepción, como el «resultado o efecto de cultivar los conocimientos humanos y de afinarse, por medio del ejercicio, las facultades intelectuales del hombre». Cultura es todo aquello –desde las obras artísticas de prestigio, a la gastronomía más o menos reinventada y tradicional– que contribuye a la formación de una identidad colectiva derivada de los mitos constitutivos del Estado nacional. Cultura es todo lo que existe en el mundo, y que ha sido producido por la mente y la mano humana.

“La cultura o civilización, en sentido etnográfico amplio, es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad. Edward Tylor define que “la cultura incluye todas las manifestaciones de los hábitos sociales de una comunidad, las reacciones del individuo en la medida en que se ven afectadas por las costumbres del grupo en que vive, y los productos de las actividades humanas en la medida en que se ven determinadas por dichas costumbres. Por su parte Franz Boas (1930) expone “Esta herencia social es el concepto clave de la antropología cultural, la otra rama del estudio comparativo del hombre. Normalmente se le denomina cultura en la moderna antropología y en las ciencias sociales. (...) La cultura incluye los artefactos, bienes, procedimientos técnicos, ideas, hábitos y valores heredados. La organización social no puede comprenderse verdaderamente excepto como una parte de la cultura.

La cultura no es un fenómeno material: no consiste en cosas, gente, conductas o emociones. Es más bien una organización de todo eso. Desde muchas aristas se define este fenómeno que forma parte de un complejo aparato organizacional que no solo subyace en manifestaciones del arte sino que se traduce en comportamientos y

estilos de vida. Cuando los antropólogos hablan de una cultura humana por lo general se refieren al estilo de vida total, socialmente adquirido, de un grupo de personas, que incluye los modos pautados y recurrentes de pensar, sentir y actuar. Así se sustenta por M. Harris (1981) "Cultura se refiere a los valores que comparten los miembros de un grupo dado, a las normas que pactan y a los bienes materiales que producen. Los valores son ideales abstractos, mientras que las normas son principios definidos o reglas que las personas deben cumplir. Anthony Giddens (1989).

Autores como Para Garza Cuellar, defienden el criterio de relacionarlas directamente con las producciones humanas, tanto en el ámbito material como espiritual. Sin embargo Bell, la define como "un proceso continuo de sustentación de una identidad mediante la coherencia lograda por un consistente punto de vista estético, una concepción moral del yo y un estilo de vida que exhibe esas concepciones en los objetos que adornan a nuestro hogar y a nosotros mismos, y en el gusto que expresa esos puntos de vista."

La cultura solo se concreta en la medida en que se manifiesta como práctica colectiva de un grupo social históricamente determinado. En tal sentido, es la suma de hechos y valores que la sociedad jerarquiza, selecciona y transmite como herencia colectiva a otras generaciones, que le imprimen su impronta histórica y social. El patrimonio cultural se percibe a través de las obras de sus artistas, de sus intelectuales, pero también, por medio de las creaciones anónimas, materiales o no, surgidas del alma popular, y a través de un conjunto de valores propios y auténticos que dan un sentido a la vida colectiva e una sociedad. Puede afirmarse que la identidad cultural de un pueblo es el ámbito en el que la cultura se vive con subjetividad, en el que la colectividad es precisa como sujeto.

La cultura es una necesidad fundamental como lo determina el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que da el derecho a cada individuo de expresar su identidad. Esto incluye el acceso a los medios de comunicación a través de los cuales se deben difundir las distintas expresiones culturales. La nueva comunidad global deberá generarse sobre bases de respeto a cada pueblo, sus raíces, sus tradiciones, su historia, etcétera. En América Latina las bases de la cultura hegemónica nacional descansan en «lo popular». Esta tradición se remonta a mediados del siglo XIX y se centra en la literatura como el medio idóneo para crear una cultura autónoma, independiente de la europea.

Andrés Bello y José Martí aducían que América Latina no tendría una cultura propia, hasta no contar con una literatura claramente definida, basada en prácticas locales, y que no imitara los modelos europeos. Dentro del concepto de cultura, destaca por sus propios ribetes la cultura popular tradicional, en el entendido de que es una categoría antropológica compuesta por tres términos concatenados, en la que el tercero especifica la cualidad del segundo y este circunscribe el amplio espectro semántico del primero, que es la referencia principal; es decir, define el núcleo duro de la continuidad cultural en su dinámica implícita. Como explica Guanche, se trata de un concepto que «mantiene un mayor y más preciso alcance antropológico y por

definición se encuentra en la esencia misma de la creación y transmisión de la cultura»²⁰.

Si lo propio de la cultura, más allá de la afirmación de su resguardo de una tradición, es la apertura e invención del futuro, la anticipación de aquellas formas simbólicas que son portadoras de una nueva sensibilidad, de una nueva moralidad y de un nuevo modo de entendimiento del mundo; entonces, es de importancia central fortalecer y ampliar el espacio que la cultura tiene en el desarrollo de los pueblos. La cultura proporciona una especie de matriz o nivel de jerarquía entre aquellos valores que más aprecia una sociedad o que, al menos, le dan mayor consistencia y permanencia a la cohesión social. La cultura de un individuo depende de la cultura de un grupo o clase; y de la cultura de un grupo o clase depende la sociedad a la que pertenece el individuo. Sin embargo, esta cultura, esta suerte de reserva cultural de la sociedad, no es insensible al contacto de otras culturas, ni al inevitable paso del tiempo. Lo propio de la cultura, o al menos en su sentido actual, es precisamente que su vitalidad y permanencia deriva tanto de su capacidad de dialogar consigo misma – con su presente y su futuro– como de dialogar con otras culturas y, más aún, de contagiar a estas y dejarse contagiar por ellas, de someterse, en fin, a la prueba de la metamorfosis y a la de la diferencia.²¹

El Estado, por su parte, no debe poner obstáculos a la cultura. Un Estado de personas cultas permite la realización espiritual del individuo y con ello sus propios fines. Según la Constitución de la República de Cuba, el Estado debe contribuir a esa realización espiritual del individuo. De ahí el enunciado del artículo 39, segundo párrafo, inciso ch del texto constitucional, que enuncia la libertad de creación artística de cada persona y que posteriormente será analizado con profundidad por la autora. La cultura y las políticas culturales son una herramienta que maximiza –socialmente– la política social y que, en un proceso de retroalimentación, amplía el capital cultural –bienes y servicios tangibles e intangibles culturales– y construye más capital social –confianza, solidaridad, cooperación–, al abrirse así un círculo virtuoso a favor del desarrollo que, de ser institucionalizado, puede implicar un proceso de aprendizaje intergeneracional, es decir, sustentable.

Si bien la perspectiva jurídica prevalece todavía en el análisis de la política pública en América Latina -debido al predominio normativo de la estructura de los sistemas estatales- se enriquece en la medida que se pueda mirar el fenómeno de lo público con un espíritu interdisciplinario, pues, trascendiendo el legalismo, es pertinente explorarlo con los estudios culturales, la teoría crítica de la sociedad y las tendencias

²⁰ Guanche, Jesús. ¿El patrimonio de la cultura popular tradicionales realmente inmaterial o intangible?, p. 5. Disponible en <<http://www.nodulo.org/ec/2003/n019p10.htm>>, consultado el 2 de septiembre de 2015.

²¹ Pérez Gallardo, Leonardo B. El Derecho como saber cultural. Tomado de: Cultura y cultura popular. Influencia recíproca: África, España, Francia, China e Iberoamérica... Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas / Colectivo de autores; coordinador Andry Matilla Correa.- La Habana: Editorial UH, 2011.

contemporáneas de la antropología y la sociología. La tendencia normativa produjo en este continente estudios paralelos dentro del ámbito de la ciencia administrativa y la gestión. Juan Luis Mejía (2009) se refiere a que las políticas públicas culturales en América Latina han tenido cambios profundos desde 1987, año en que también fuera publicado el libro editado por Nestor García Canclini (1987), Políticas Culturales en América Latina, que marcó un hito en la reflexión sobre la cultura y las políticas públicas.

Dentro de estos cambios es de anotar la crisis del estado-nación, que llevó a un cambio en el constitucionalismo para poner en evidencia los aspectos culturales y antropológicos de los países de la región, con miras al reconocimiento de lo multiétnico y pluricultural en el interior de cada uno de ellos.

La política cultural está concebida en la Constitución del Ecuador, aprobada en el año 2008. El artículo primero explicita la diversidad de la nación: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Aquí se evidencia la característica de la diversidad cultural y de la valoración de la memoria histórica del país, donde la plurinacionalidad implica el sentido de apropiación real y simbólica de lo territorial. Con esta lógica, lo plurinacional está en ciernes, y el trayecto desde “comunidades imaginadas” hacia naciones con tierra tendrá que madurar como un proceso de democrático y de inclusión²².

Por lo que los derechos que se establecen en la Constitución, que están en consonancia con lo regulado internacionalmente, garantizan las formas de pervivencia de las nacionalidades del Ecuador con su lógica propia, manteniendo la continuidad de sus prácticas ancestrales. El artículo dos de la Carta Magna expresa los idiomas oficiales del país; que evidencian la típica relación intercultural. Se establecen las distinciones de los idiomas ancestrales de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. Aspecto distintivo es el reconocimiento desde el texto fundamental de la responsabilidad del Estado de respetar y estimular su conservación y uso.

Otro de los artículos es el sexto, donde haciendo uso de una interpretación extensiva de la norma, se refiere que “la nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. Trujillo (2009) afirma que se ha confundido el término “nacionalidad” con el concepto de “ciudadanía”, y este último no está definido claramente, pues la organización de

²²Tomado del artículo Las políticas públicas culturales del Ecuador en la época del “SumakKawsay, de Andrés Abad M.

Naciones Unidas eligió la alternativa „pueblos“ para protegerse de los nacionalismos que surgieron en la Segunda Guerra Mundial.

En su contenido los artículos del 56 al 60 disponen los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el reconocimiento de la diversidad cultural del país y la necesidad de: “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. Todo el análisis de estos artículos solo nos conlleva a la conclusión de que el alcance neo constitucionalista con relación a la política cultural en el referido país se sustenta en una concepción antropológica de la cultura que garantiza el ejercicio de los derechos culturales, el sostenimiento, respeto y desarrollo de la interculturalidad, la conservación del patrimonio y en definitiva la protección de todas las expresiones culturales.²³

Otro de los textos fundamentales que asume reconocimiento de los Derechos Culturales y Educativos lo constituye la Constitución de la República Bolivariana de en su capítulo VI. De los artículos 98 hasta el 111 se protege la propiedad intelectual, las creaciones culturales y se de manera explícita se define la libertad de las mismas así como los valores de la cultura. A mi juicio una de los aportes novedosos lo constituye el hecho de reconocer la autonomía de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley y carácter punible por daños producidos a los mismos. Cabría definir ¿qué administración cultural pública? ¿Tendrá bajo su dominio bienes culturales de propiedad estatal? ¿Se protegerá exclusivamente el patrimonio cultural de la Nación?

Se respeta la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas y se garantiza la emisión, recepción y circulación de la información cultural. De igual modo es significativo que desde la constitución se establezcan las pautas para que los medios de comunicación coadyuven a la difusión de los valores de la tradición popular y la obra de los o las artistas, escritores (a), compositores(a), cineastas, científicos, científicas y demás creadores y creadoras culturales del país. Toda la regulación constitucional venezolana se encamina hacia la máxima de reconocer y garantizar mecanismos que le proporcionen el buen vivir de los ciudadanos.

De igual modo la Constitución Mexicana reconoce el derecho de acceso a la cultura y el ejercicio de los mismos teniendo en cuenta la diversidad cultural y dispone el establecimiento de los mecanismos estatales para el acceso y participación a las manifestaciones. No escapa de este grupo de normas la Constitución Colombiana que dedica un capítulo, el número 2 a los derechos sociales, económicos y culturales.

La Constitución Cubana Vigente de 1976 en su artículo 2 reconoce el idioma oficial y en el artículo 4 los símbolos nacionales. Sin embargo en su articulado dispone un capítulo especial para los aspectos culturales. El mismo es el capítulo Educación y Cultura y específicamente el artículo 39 incisos a, ch, d, e, g, h, i que indistintamente

²³ Constitución de Ecuador.

expone los postulados sobre los cuales se sustenta la política educativa y cultural. En el capítulo VI de la Igualdad en el artículo 43 se reconocen otros derechos dentro de los que se dispone la oportunidad del disfrute de espacios de dominio público y centros de cultura destinados a la recreación y descanso. En el Capítulo VII Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, el artículo 52 suscribe el derecho a la recreación y cómo se garantiza mediante la práctica de la educación física y otros medios. Asimismo el 53 defiende la libertad de palabra y prensa bajo las especificidades de nuestra sociedad. Sin dudas nuestro texto fundamental es referente de asimilar los derechos culturales como lo que denomina Luigi Ferrajoli derechos fundamentales, que a su vez los define como aquellos cuya defensa es necesaria para la paz, los derechos de igualdad de las minorías que garantizan un pleno multiculturalismo.

La Constitución de un Estado regula sus bases sociales, políticas, jurídicas y económicas, dándoles especial atención a este último aspecto dado al binomio indisoluble que constituye la base económica y la superestructura. Cabría preguntarse entonces: ¿La Ideología y la Cultura matizan ese plano de horizontalidad? ¿Es la Constitución también un fenómeno cultural?

El Estado, a mi juicio, es un ente intercultural, sustentado en la comunidad que tiene una identidad, término que define rasgos de lo que puede tomarse como cultura. La Constitución refleja la formación, las creencias, las actitudes, la territorialidad o espacio que otros reconocen como geografía y las condiciones económicas de una sociedad. Por lo que en consecuencia, determina un principio de organización, orienta sobre los derechos y los deberes de individuos y de los grupos, regulariza sus comportamientos, racionaliza sus posiciones recíprocas y garantiza la vida como un todo, pudiendo ser agente bien de conservación, bien de transformación. De eso depende, por qué no, también su efectividad, que no basta con la consonancia intelectual del constituyente, del legislador sino de la cultura constitucional de los ciudadanos que son en definitiva los que ejercitan lo preceptuado. Para T. Paine, “La Constitución de un país no es el acto de un gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno”.

Siguiendo el criterio de Jorge Miranda, la Constitución se ocupa también de bienes culturales. A esos sentidos menos latos se unen los conceptos de Constitución cultural y de derechos culturales, los que define como:

- 1 – La cultura como expresión de la identidad de una comunidad, de un pueblo.
- 2 – La cultura como educación, ciencia y cultura, «*stricto sensu*» o «*strictissimo sensu*».
- 3 – La cultura como todo lo que no se reconduce a la educación y ciencia o, en términos positivos, como creación y fruición de bienes de cultura.

Siendo la cultura una de las dimensiones de la vida comunitaria y regulando la Constitución la organización político-jurídica del Estado en su doble cara de

comunidad y poder, la cultura (como la economía) nunca puede quedar fuera de la Constitución. Por lo que en el mismo grado de igualdad se debe garantizar el equilibrio del orden económico así como la libertad de expresión, la defensa de la identidad cultural, la hegemonía del pluralismo cultural, la libertad de imprenta, la educación cívica, aspectos que no se traducen más que en libertad y garantía. Los derechos culturales permiten la transformación de las condiciones de actuación; de ahí que el Estado prevea potestades para los poderes públicos que garanticen su efectividad.

Algunos autores definen la Constitución cultural como el conjunto de principios y preceptos con relativa autonomía que se refieren a materias culturales. Otros enarbolan otra denominación novedosa: Estado de cultura, términos usados indistintamente que deben ser comprendidos bajo la óptica de la unidad sistemática de la Constitución.

Respecto al estado de Cultura se advierte el hecho de orientar la cultura al servicio del Estado y sus intereses, que menoscabe las libertades culturales de sus agentes; o en contrario.

La Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivización jurídica de los “valores ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivización jurídica de los valores esenciales del orden de la vida en común.

El constitucionalismo cultural no se refiere exclusivamente al derecho constitucional de la cultura en el sentido de garantizar la tutela y ejercicio de los derechos de segunda generación sino además en el principio del respeto a la identidad cultural. Si bien la cultura define la forma de Estado también puede afectar la forma de gobierno en países donde lo pluricultural y lo representativo no coinciden.

Bibliografía

1. Aguirre, A. (ed.). (1997). *Cultura e identidad cultural. Introducción a la antropología*. Barcelona: Bardenas.
2. Aguirre, A. (ed.). (1995). *Etnografía. Metodología cualitativa en la investigación sociocultural*. Barcelona: Marcombo-Boixareu.
3. Beals, R. L. y Hoijer, H. [1953]. (1981). *Introducción a la antropología*. 3ª ed. Madrid: Aguilar
4. Beattie, J. [1964]. (1993). *Otras culturas*. México: Fondo de Cultura Económica.
5. Bohannan, P [1992]. (1996). *Para raros, nosotros. Introducción a la antropología cultural*. Madrid: Akal.
6. Ember, C, Ember, M. y Peregrine, C. [2002]. (2004). *Antropología*. 10º ed. Madrid: Pearson-Prentice-Hall.
7. Harris, M. [1971]. (2004). *Introducción a la antropología general*. 7ª ed. Madrid: Alianza.

8. Hoebel, E. A.; Weaber, T. [1954/1984]. (1985). *Antropología y experiencia humana*. 5ª ed. Barcelona: Omega.
9. Kottak, P. [2006]. (2006). *Antropología Cultural*. 11ª ed. Madrid: Mc Graw Hill.
10. Lévi-Strauss, C. [1958]. (1988) *Antropología estructural*. Buenos Aires: EUDEBA.
11. Lisón Tolosana, C. (ed.). (2007). *Introducción a la antropología social y cultural. Teoría, método y práctica*. Madrid: Akal.
12. Mair, L. [1965]. (1989). *Introducción a la antropología social*. Madrid: Alianza.

Webgrafía

1. www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/02Miranda.htm del artículo 1.
2. www.culturaypatrimonio.gob.ec/. Artículo de las Constituciones de Portugal.
3. info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/5.htm?s Artículo Constitución Política de los Estados.
4. venezuela.justia.com CONSTITUCION VENEZOLANA
5. w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/.../RODRIGUEZ. Derecho a la Cultura. Su configuración en las Constituciones de 1961 y 1999 reflexiones sobre la ponderación para su ejercicio. Ninoska Rodríguez Laverd. 6.
6. www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley2176.html. Constitución República de Colombia
7. www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2 ARTICULOS DE LA CONSTITUCION DE COLOMBIA.
8. [www.ine.mx/documentos/.../la cultura politica democratica.htm](http://www.ine.mx/documentos/.../la_cultura_politica_democratica.htm) Artículo la cultura política y democrática.
9. polis.revues.org › Números › 28 › Lente de aproximación. ARTICULO CONDICIONES CULTURALES EN LA CONSTITUCION DE IDENTIDADES.
10. <https://es.scribd.com/doc/28343960/Diferentes-Definiciones-de-Cultura>.

LA IGUALDAD Y SU INSERCIÓN EN LA CONDICIÓN DE CIUDADANO.

LIC. LILIANNA LEYVA ACOSTA

ESTUDIANTE: MASSIEL CRUZ PEÑA

Al invocar la igualdad en el entorno de la ciudadanía, resulta importante resaltar su función indispensable como principio, valor y derecho, para el ejercicio de los derechos y deberes. Ello significa que los individuos han de ser respetados independientemente de la raza, color, edad, idioma, religión, opinión política o sexo. El Estado no solo está obligado a respetarlos, sino a vigilar y hacer que cualquier persona natural o jurídica los respete.

En ese contexto, el hombre deviene el centro de la problemática social, y los estados, se hallan instituidos para lograr: el resguardo que aquel como tal posee, y su coordinación con los de sus semejantes, de manera que unos no anulen a los otros, y a su vez, todos puedan gozar de sus facultades en un pie de igualdad.²⁴

El origen de la ciudadanía se extrapola a la época romana clásica para determinar, inicialmente, la tenencia de derechos en los marcos de la ciudad y con ello deberes y obligaciones, como condición y reconocimiento para aquellos individuos que residían dentro del Estado romano; extendiéndose su aplicación, posteriormente, a todos los habitantes del Imperio, para el disfrute de los derechos que se derivaban de tal condición.²⁵

En ese orden, se consideraba requisito para ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones en planos de desigualdad. La calidad de ciudadano comportaba derechos públicos o políticos: votar las leyes, elegir los magistrados y elegibilidad y celebrar actos eficazmente. Otorgaba también el derecho a comparecer en juicio o para defender derechos y utilizar las fórmulas procesales concedidas por ley.²⁶

El concepto jurídico se redefinió como expresión de las principales reivindicaciones jurídicas de la burguesía en su ascenso al poder, muy vinculado con sus postulados esenciales: libertad, igualdad y fraternidad. Muestra de ello es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto a la Revolución Francesa burguesa; en la que hombre, es sinónimo de persona humana, para disfrutar

²⁴ Gordo, Guillermo A: Algunas cuestiones vinculadas con la interpretación en materia de derechos humanos.

²⁵ <http://www.apuntes.com/ciencias-sociales/genesis-evolucion-y-fundamentos-de-la-ciudadania>.

²⁶ http://educativa.catedu.es/44700165/aula/archivos/repositorio/1250/1267/html/1_la_ciudadana_en_la_historia.html.

derechos, en especial los de propiedad; y, ciudadano, es la persona apta para acceder a los cargos públicos.²⁷

En torno a la igualdad, muchas han sido las aristas teóricas que a lo largo de la historia se han aportado, para llegar a la configuración actual de la misma. Fue una de las reivindicaciones fundamentales de los revolucionarios liberales, hasta quedar inscrita en el lema del Estado surgido de la Revolución Francesa. Se trata de la concepción liberal primigenia, donde la igualdad únicamente se entiende como igualdad en la aplicación del Derecho, basado en la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante la aplicación del Derecho por los Tribunales y la generalidad de la Ley.²⁸

Con la crisis del Estado Liberal de Derecho, aparece otro plano de la igualdad y con ella se amplía su dimensión. Se le añade la igualdad en el contenido de la norma, configurándose de esta manera el principio de igualdad como límite al legislador; cuya materialización se lograba a través de su reconocimiento constitucional y del establecimiento de la justicia constitucional.²⁹

Una dimensión potenciada con el constitucionalismo social del siglo XX es la igualdad real, efectiva, sustancial, de hecho o de oportunidades, muy conectada con el valor de justicia social; complementándose con la prohibición de discriminación por ciertas causas personales o sociales que atentaban contra la dignidad humana.³⁰

En Cuba, un antecedente de la vocación por plasmar jurídicamente la igualdad puede apreciarse en el Proyecto de Constitución de Joaquín Infante, quien se pronunció por abolir la ilegitimidad de nacimiento de los hijos. Asimismo el Padre Félix Varela en el Proyecto de Decreto sobre la abolición de la esclavitud en la Isla de Cuba presentado ante las Cortes Españolas, expresó: “Constitución, libertad, igualdad, son sinónimos; y a estos términos repugnan los de esclavitud y desigualdad de derechos. En vano pretendemos conciliar estos contrarios.”³¹

La Constitución de Guáimaro de 1869, fue la primera de las Constituciones mambisas que refirió de modo expreso la igualdad al plasmar en su artículo 26: “La República no reconoce dignidades, honores especiales, ni privilegio alguno”; mientras que la Constitución de la Yaya de 1897, reguló el sufragio universal, contemplando así la igualdad en su visión democrática o derecho de participación en la vida política del Estado.³²

²⁷ Pérez Hernández, Lissette; Prieto Valdés, Martha: Temas de Derecho Constitucional Cubano. Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

²⁸ Cutié Mustelier, Danelia y Méndez López, Josefina: La Cláusula de la Igualdad. Una relectura a 33 años de la Constitución cubana.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ibídem.

³¹ Pichardo, Hortensia: Documentos para la Historia de Cuba. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1971.

³² Ídem.

En el período neocolonial, tanto la Constitución de 1901 como la de 1940, establecieron cláusulas de igualdad con énfasis en uno de los planos de la llamada igualdad formal, es decir igualdad ante la Ley. La Carta Magna de 1940 reconoce el derecho a la no discriminación, señalando como motivos posibles, el sexo, la raza, el color o clase, incorporando además una cláusula abierta para otras formas de discriminación que lesionaran la dignidad humana.³³

Al analizar temas complejos como la igualdad y la ciudadanía, se hace necesario aludir a las diferentes definiciones que se han ofrecido con respecto a estos términos, con el fin de esclarecer los puntos compatibles entre ambos. En ese sentido, vale citar a Ferrajoli, cuando dice:

*“La ciudadanía es la cualidad de quienes, por medio de la participación y la comunicación pública, se hacen a sí mismos y, en ese hacer, se reconocen como sujetos activos. Filosóficamente, la ciudadanía es el instrumento político por medio del cual los seres humanos conviven y tratan de organizar responsablemente las contradicciones que puedan darse entre la libertad y la igualdad.”*³⁴

En correspondencia con lo anterior, continua diciendo: *“la ciudadanía y la capacidad han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas, lo que funda dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos con capacidad de obrar.”*³⁵

Por último, manifiesta que: *“la igualdad no es un hecho, sino un valor, no una aserción sino una prescripción establecida normativamente, un esfuerzo de abstracción dirigido a la eliminación de cualquier diferencia existente en la ciudadanía.”*³⁶

Antes de ofrecer continuidad al debate, es necesario retomar lo que otros autores han decidido denominar ciudadanía: vínculo político-jurídico del individuo con el Estado, el cual le permite gozar determinados derechos, y a la vez, estar sujeto a ciertos deberes con su organización estatal. En ese sentido, la vinculan con varios elementos: estabilidad, posesión de derechos y deberes, subordinación al poder del Estado, y también derechos y deberes por parte del Estado.³⁷

³³ *Ibíd.*

³⁴ Ferrajoli, Luigi: Más allá de la soberanía y la ciudadanía. Definiciones. <http://www.acfilosofia.org/materialesmn/filosofia-y-ciudadania-3013/filosofia-moral-y-politica-democracia-ciudadania/725-el-concepto-de-ciudadania-y-su-evolucion-historica>.

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Peraza Chapeau, José: La ciudadanía cubana. Revista Contrapunto, año 7, no. 2, edición 62, 1996; Pérez Hernández, Lissette; Prieto Valdés, Martha; y Sarracino Rivero, Gisselle: “A propósito de la ciudadanía en Cuba.” Revista Areito, vol. 5, no. 17, segunda época, enero de 1995.

El Doctor José Peraza, amplía su concepción, considerándola como uno de los derechos fundamentales del individuo, la base de su status jurídico, tanto dentro del Estado como en el exterior. No obstante, reitera que la condición de ciudadano hace que la persona física sea titular de la plenitud de derechos públicos subjetivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales otorgados por el sistema jurídico.³⁸

En ese orden, para Bermúdez Tapia es “aquella condición que posee un individuo en una comunidad que comprende un conjunto de derechos y responsabilidades, cuyo ejercicio es garantizado constitucional e institucionalmente por el Estado...”³⁹

Es notable, en cada una de las definiciones referidas anteriormente, la alusión que realizan los autores al vínculo entre la ciudadanía y el ejercicio de derechos y deberes de todo tipo. Aunque no todos refieran expresamente su vínculo con la igualdad, se presume su invocación a partir de la conexión que realizan entre ciudadanía, derechos y deberes; teniendo en cuenta que su carácter trifonte, se sitúa como pilar del reconocimiento constitucional y ordinario de esa concatenación.

Por otra parte, el concepto de igualdad se torna complejo y atañe por igual a diversas áreas de las ciencias sociales. Su incidencia en el campo de los derechos humanos, es central por varios motivos. Independientemente de que el derecho a obtener un trato igual, en sus diversas manifestaciones, está protegido como tal en la mayor parte de las constituciones contemporáneas, dicho trato se convierte en la práctica, en un prerequisite para el disfrute efectivo de muchos otros derechos.

Para el pensamiento constitucional, la igualdad adquirió en el pasado, posee en el presente y tendrá en el futuro, una importancia capital. Su vinculación con la ciudadanía y el disfrute de los derechos, ha quedado reflejado en varias de las nociones ofrecidas por diversos autores de la rama.

En ese sentido, uno de los documentos históricos que reconoció una amplia gama de derechos fue, sin dudas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La misma, señala en el artículo 7 que: “todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección por la ley.” En varios países la igualdad ante la ley aparece recogida en sus constituciones; sin embargo, en la mayoría de ellos, no se observa su autenticidad, siendo en ocasiones un formalismo y no una realidad.

Un estudio jurídico comparado de la ciudadanía y la igualdad, en algunas de las constituciones de Europa y América Latina, permitió constatar la tutela de ambas categorías en su articulado. En ese orden, se inició el bosquejo en el contexto europeo, por constituir la cuna del Constitucionalismo Liberal o Clásico Burgués, y por consiguiente, la alborada en el reconocimiento constitucional de los derechos

³⁸ Peraza Chapeau, José: La ciudadanía cubana. Revista Contrapunto, año 7, no. 2, edición 62, 1996.

³⁹ Bermúdez Tapia, Manuel Alexis: Categorías de Ciudadanía en el Perú por el goce de derechos fundamentales. Documento Electrónico. Ponencia 22. Definiciones, 2001.

civiles y políticos, bajo los ideales de libertad, igualdad y fraternidad, defendidos por las revoluciones burguesas.

En primer lugar se sitúa a la Constitución de Alemania, la cual posee esclarecidos todos sus derechos desde el artículo 1 hasta el 19, aunque se pueden encontrar algunos dispersos dentro del propio texto. En ella se respeta la igualdad de derechos por encima de todo, identificándose con estos como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Ejemplo de ello lo constituye el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida e integridad física, libertad de creencia, conciencia, profesión religiosa e ideológica; así como en el artículo 3, donde se establece la igualdad ante la ley de hombres y mujeres.

Por su parte, la Constitución de la República Francesa proclama que todo ser humano sin distinción de raza, religión, ni fe, es poseedor de derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano. Garantiza en todos los aspectos iguales derechos para ambos sexos. Así los confirman: el derecho a un empleo y a las huelgas. La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo, así como a los niños, madres y trabajadores ancianos la protección de la salud, a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura.

Por último, la Constitución de España, establece sus concepciones propias acerca de la igualdad y el disfrute de derechos. Esta expone en el artículo 14, que todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. En correspondencia con las anteriores, prevalece la igualdad en sus artículos, en cada materia a la que se hace alusión. De igual forma, se protege el derecho a la educación, a la vida, a la integridad, a la libertad y a la seguridad; además se ampara a cada persona, incluyendo la condición o situación en la que pueda encontrarse involucrado un ciudadano español durante su vida.

Otro escenario importante, que merece un análisis exhaustivo, lo constituye el ámbito latinoamericano; por ser un baluarte en el reconocimiento de libertades ciudadanas, pertenecientes a las últimas generaciones de derechos. Como epicentro se sitúan los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, dentro de los que se destacan: Ecuador, Bolivia y Venezuela.

En ese orden, el análisis a la Constitución de Ecuador, permitió constatar la protección desde su articulado hacia los derechos, deberes y garantías fundamentales de los ecuatorianos. En correspondencia con ello, regula que todos los ciudadanos gozan de derechos establecidos por la ley, de libertades y oportunidades, sin discriminación en razón del nacimiento, edad, sexo, etnia, color de la piel, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole; quedando evidenciada la igualdad como pilar básico en el ejercicio de esos derechos y libertades ciudadanas.

Por otra parte se encuentra la Constitución de Bolivia, donde la mujer y el hombre son iguales ante la ley y son beneficiados de los mismos derechos políticos, sociales, económicos y culturales. Estos son inviolables, respetados y protegidos por el Estado. Está prohibido todo tipo de discriminación y se adoptan medidas de acción positiva para promover la efectiva igualdad entre todas las personas. En los artículos del 7 al 8 se configuran taxativamente los derechos y deberes con que cuentan los bolivianos.

Por último, la Constitución de Venezuela, dispone como inviolable: el derecho a la vida, al trabajo, a la libertad personal, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; y promueve la cooperación pacífica entre las naciones, impulsando y consolidando la integración latinoamericana. En ese sentido, es válido caracterizarla como una Constitución abierta, pues toda persona puede hacer uso de sus derechos sin restricción o limitación alguna.

Resulta innegable la relación existente entre los términos igualdad y ciudadanía, al ser ambas indispensables para el ejercicio de derechos y deberes.

Su origen se remonta a la antigüedad, apreciándose en su evolución, un tratamiento jurídico acorde a las exigencias de cada momento histórico.

Desde su surgimiento hasta la actualidad, se han ofrecido diversas definiciones con respecto a ambas categorías, invocándose en cada una su relación con el ejercicio de derechos y deberes, y la ausencia de discriminación.

Es apreciable su reconocimiento en las constituciones de diversos países, dentro de los que se destacan aquellos pertenecientes al contexto europeo y al nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Bibliografía:

- 1- Bermúdez Tapia, Manuel Alexis: Categorías de Ciudadanía en el Perú por el goce de derechos fundamentales. Documento Electrónico. Ponencia 22. Definiciones, 2001.
- 2- Cutié Mustelier, Danelia y Méndez López, Josefina: La Cláusula de la Igualdad. Una relectura a 33 años de la Constitución cubana.
- 3- Ferrajoli, Luigi: Más allá de la soberanía y la ciudadanía. Definiciones. Gordo, Guillermo A: Algunas cuestiones vinculadas con la interpretación en materia de derechos humanos.
- 4- Peraza Chapeau, José: La ciudadanía cubana. Revista Contrapunto, año 7, no. 2, edición 62, 1996.
- 5- Pérez Hernández, Lissette; Prieto Valdés, Martha; y Sarracino Rivero, Gisselle: A propósito de la ciudadanía en Cuba. Revista Areito, vol. 5, no. 17, segunda época, enero de 1995.
- 6- Pérez Hernández, Lissette; Prieto Valdés, Martha: Temas de Derecho Constitucional Cubano. Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

- 7- Pichardo, Hortensia: Documentos para la Historia de Cuba. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1971.
- 8- <http://www.apuntes.com/ciencias-sociales/genesis-evolucion-y-fundamentos-de-la-ciudadania>.
- 9- http://educativa.catedu.es/44700165/aula/archivos/repositorio/1250/1267/html/1_la_ciudadana_en_la_historia.html.

LA PARTICIPACIÓN POPULAR COMO GARANTÍA SOCIAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

LIC. LILIANNA LEYVA ACOSTA

ESTUDIANTE: LEANIS AMARA PÉREZ ROMERO

La participación ciudadana reviste una considerable importancia en la actualidad. A pesar de los obstáculos que ha encontrado en su camino, es altamente defendida, toda vez que el mundo se encuentra en un complejo proceso de redefinición de los paradigmas que le dan explicación.

Ello es posible a partir de la nueva visión que se tiene de la democracia, debido a la crisis de la representatividad política, partidista y estatal, la ineficiencia e ineficacia de los Estados en materia de gestión pública, la agudización de los problemas sociales a los que no se pueden dar soluciones efectivas y del agotamiento de la “paciencia ciudadana” ante la ausencia de respuestas a las demandas de sus necesidades sociales.

La injerencia de los ciudadanos en la gestión de su propio porvenir, de su estado de bienestar social y de su relación con el aparato estatal, conlleva tácitamente procesos de lucha, dificultades, redimensionamiento de paradigmas sociopolíticos, cuestionamientos, subordinación, manipulación, estancamiento, conflicto de intereses, polarización social, riesgos, entre otros.

No obstante, agrupa interesantes experiencias positivas, suma de voluntades, toma de conciencia, objetivos particulares y colectivos, organización, y abraza las esperanzas por una mejoría en las condiciones de vida existentes en la sociedad.

La mayoría de las naciones del mundo democrático han reconocido la existencia de estos elementos y han buscado la forma de revertir las debilidades y amenazas de este proceso para transformarlas en verdaderas fortalezas y oportunidades que garanticen el cumplimiento del ideario participativo.

Con respecto a los términos derechos y garantías, la academia los ha considerado como dos categorías con su significado propio, pero ambas están íntimamente relacionadas, siendo las garantías la consecuencia de la importancia y lugar que se le ha atribuido en los ordenamientos jurídicos a los derechos. En ese sentido, la efectividad de los derechos depende tanto de su reconocimiento constitucional como de la existencia de mecanismos adecuados, prácticos y disponibles para prevenir sus violaciones y reaccionar contra ellas, unido a la necesaria condicionalidad material para su pleno disfrute.⁴⁰

En efecto, los ordenamientos constitucionales además de reconocer los derechos humanos, consagran un bloque garantista que incluye mecanismos de muy diversa índole y sobre los que la doctrina ha emitido múltiples clasificaciones:⁴¹

Las **Garantías Jurisdiccionales**: abren la posibilidad de demandar ante órganos de este género (tribunales) la preservación o el restablecimiento de los Derechos Humanos. Se les conoce con el nombre de instrumentos reactivos o garantías concretas, pues se ofrecen a los ciudadanos para que, en caso que se aprecie una vulneración de un derecho, puedan acudir a ellas y obtener la debida protección. Dentro de estas se sitúan:

a) Garantías Jurisdiccionales Generales u Ordinarias: remedios procesales indirectos, con respecto a los procedimientos ordinarios (civil, penal, laboral y la justicia administrativa) a través de las cuales se protegen los derechos de carácter ordinario. Esta vía tiene gran trascendencia sobre todo cuando no existen instrumentos específicos de tutela de los derechos humanos. Por ello los órganos judiciales se convierten en la base o escalón principal del sistema de garantías de los derechos humanos.

b) Garantías Jurisdiccionales Específicas: remedios procesales creados exclusivamente para el muy específico fin de proteger los derechos humanos. Se distinguen por brindar de forma directa, rápida y eficaz tutela a los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento constitucional, siendo los efectos del fallo protector esencialmente reparador, es decir, no solo requiere de la sanción sino que dispone la restitución al afectado en el goce de sus derechos.

A su vez, pueden ser: ordinarias, cuando se trata de un procedimiento específico para la defensa de los derechos humanos ante los propios órganos judiciales ordinarios (Habeas Corpus), y extraordinarias, cuando se trata de un procedimiento específico para la defensa de los derechos humanos ante órganos jurisdiccionales especiales o especializados, como es el caso de los recursos o procedimientos establecidos en algunos países ante los Tribunales Constitucionales.

Las **Garantías no Jurisdiccionales**: no pueden considerarse como instrumentos procesales en sentido estricto, pues se trata de órganos o instituciones que se han establecido con la función esencial de tutelar o fiscalizar los derechos humanos. Como ejemplo de ella se pueden citar: el Ombudsman y el Ministerio Fiscal.

⁴⁰ Cutié Mustelier, Danelia: El sistema de garantías de los derechos humanos. Tesis en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas, 1999.

⁴¹ Ídem.

Las **Garantías Normativas o Abstractas**: su objeto es evitar que la actividad de los órganos estatales fundamentalmente el legislativo y el ejecutivo pueda implicar un desconocimiento o vulneración de los derechos humanos. Se trata de previsiones o requisitos de carácter general establecidos en la propia Constitución dirigida a limitar la actuación de los órganos estatales, para evitar que normas de inferior categoría a la Constitución, emanadas de alguno de estos órganos puedan desarrollar los derechos desfigurando su contenido esencial y despojándoles de la eficacia que le ha asignado la Constitución. Dentro de estas se distinguen:

- a) El carácter directamente aplicable de los derechos fundamentales: la Constitución es norma jurídica y como tal es directamente aplicable, lo cual significa que no se requiere de un desarrollo legislativo posterior aunque se disponga constitucionalmente.
- b) La Reserva de Ley: se visualiza cuando la Constitución reconoce los derechos, pero deja para un ulterior desarrollo legislativo la regulación del ejercicio de los mismos, exigiendo que tal regulación se realice por el órgano legislativo y esencialmente mediante la Ley.
- c) El Contenido Esencial: conocido como Límite de los Límites, pues impone límites a la actividad del legislador al obligarlo a respetar el contenido esencial de los derechos.
- d) La Rigidez Constitucional: aunque la doctrina lo ha calificado como garantía protectora del texto constitucional, sirve de forma indirecta para la tutela de los derechos humanos consagrados en la Constitución. Se trata de la Reforma Constitucional, específicamente la rigidez de las normas constitucionales y las modalidades de procedimientos agravados que los propios textos constitucionales exigen para ser reformados, sobre todo cuando de derechos y libertades ciudadanas se trata.

Las **Garantías Indirectas**: constituyen mecanismos que no están diseñados directamente para la protección de los derechos, pero de manera indirecta sirven para ello. Ejemplo de ello son los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes y demás disposiciones jurídicas.

A partir de la clasificación expuesta, es evidente, la gran diversidad de mecanismos garantistas de los derechos humanos reconocida en el ámbito internacional. Sin embargo, lo más importante no es crear una variedad de garantías, sino que en la práctica, estas sean eficaces y funcionen como un sistema, integrado por varios subsistemas; de manera que en la concurrencia de todas las vías se logre un verdadero clima de respeto, realización y protección de los derechos humanos.⁴²

La profesora Danelia Cutié Mustelie⁴³, en su investigación científica, propuso determinadas exigencias para el cumplimiento del sistema de garantías establecido, dentro de las cuales resulta necesario retomar la siguiente:

- ✓ Estar integrado por los tres subsistemas que comprenda tanto la vía jurisdiccional, la vía no jurisdiccional y las garantías abstractas o normativas.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oriente, Cuba.

Reconociendo la valía que merece la propuesta anterior para todos los tiempos, resulta innegable su necesaria continuación por los estudiosos de la materia. En ese sentido, la academia se ha inclinado hacia la configuración teórica de otros dos subsistemas que integran ese gran sistema de garantías: las materiales y sociales; quedando este último reservado especialmente para la inclusión de la participación popular como una de ellas, debido a los logros alcanzados por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Como lo han referido numerosos estudiosos de la materia, la participación ciudadana es un complejo proceso sociopolítico que integra las necesidades sociales, económicas y políticas de la sociedad con las capacidades de respuesta técnico-financieras del Estado, donde los ciudadanos, como sujetos de derecho, intervienen en la construcción de una agenda pública que intenta satisfacer sus aspiraciones colectivas, además de involucrarlos en la toma de decisiones y en la gestión de las mismas; dicha participación ha sido considerada como el medio ideal que contribuiría con el mejoramiento de las funciones de la administración estatal.⁴⁴

En ese sentido, está enmarcada en una serie de derechos que descansan en el concepto de democracia, y de acuerdo a Peraza,⁴⁵ “la democracia requiere un conjunto de medios necesarios para su existencia.” Es por ese motivo que hablar de este principio resulta muy complejo.

Varios autores han realizado investigaciones sobre el tema, cada uno de ellos con un enfoque diferente. En ese orden vale citar a Aguilar Andrade,⁴⁶ quien realiza un análisis de los derechos de participación en la constitución ecuatoriana y establece que, aparentemente, hay un simple cambio de denominación de un grupo de derechos que anteriormente eran denominados políticos.

Dentro de la gama de los llamados derechos de participación se pueden citar los siguientes: elegir y ser elegido; participar en los asuntos de interés público; presentar proyectos de iniciativa popular normativa; ser consultado; fiscalizar los actos del poder público; revocar el mandato que se haya conferido a las autoridades de elección popular; desempeñar empleos y funciones públicas; entre otros.

De igual forma, cabe destacar las consideraciones ofrecidas al respecto por autores como Guillen, Sáenz, Badii y Castillo,⁴⁷ quienes describen el por qué y el cómo de la

⁴⁴Baño, Rodrigo (1997): Consideraciones acerca de la participación ciudadana; Castillo, Fernando (1997): Participación y exclusión: Una aproximación al tema desde la experiencia de las comunidades de base; Sáenz, Vladimiro (1997): Gestión pública y participación ciudadana. Ponencias presentadas en el I Seminario Conceptual sobre Participación Ciudadana y Evaluación de Políticas Públicas, organizado por FLACSO/Chile, Santiago de Chile.

⁴⁵Peraza, A. (2005): Democracia participativa y derechos humanos. Revista Aportes Andinos., 13, 8.

⁴⁶Aguilar Andrade, J. P. (2010): ¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009 (Primera). Quito: ABYA-YALA. Recuperado a partir de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/944>.

⁴⁷Badii, M. H.; Castillo, J; Guillen, A.; Sáenz, K. (2009): Origen, espacio y niveles de participación ciudadana (Origin, space and levels of participation). Daena: International Journal of Good Conscience, 4(1), 128–148.

participación ciudadana en los procesos democráticos; dejando por sentado los propósitos, la génesis y los niveles en que debe desarrollarse la misma.

En ese orden, las actividades que debe desarrollar la ciudadanía en los diferentes niveles de gobierno como parte de la participación, son las siguientes: elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía; mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo; elaborar presupuestos participativos de los gobiernos; fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social; entre otras.

En el ámbito regional, América Latina ha hecho intentos importantes por no cerrarse a la expansión e influencia sociopolítica de la participación. Al respecto, los principales logros que se han obtenido se circunscriben mayoritariamente al plano normativo, porque en la práctica los avances han sido lentos y dificultosos.

Un estudio comparado sobre la participación ciudadana en dos de las constituciones pertenecientes al nuevo constitucionalismo latinoamericano, permitió arribar a las consideraciones que a continuación se refieren. Para su realización se establecieron los indicadores siguientes: regulación constitucional, derechos asociados y órganos que intervienen en su ejercicio.

Como primer epicentro se sitúa la Constitución ecuatoriana del 2008, en la que aparecen regulados los derechos de participación, y al analizarlos, resulta evidente que en ellos se encuentran agrupados diferentes mecanismos de democracia.

Por tanto, se considera que el referido texto constitucional, conjuga e integra los principios y procedimientos de la democracia representativa y de la participativa y comunitaria. Dentro de estos últimos se pueden citar los siguientes: audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía.

Otro aspecto a destacar en la Constitución del Ecuador con respecto a los derechos de participación, es que el ciudadano puede hacer uso de ellos en forma individual o colectiva,⁴⁸ garantizándose que todas las formas de organización de la sociedad sean reconocidas en sus postulados.⁴⁹

En ese sentido, la participación ciudadana debe estar presente en todos los niveles de gobierno, mediante la creación de instancias para su ejercicio en cada uno de ellos, las que estarán integradas por: autoridades electas, representantes del régimen dependiente y de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno.⁵⁰

⁴⁸ Art. 95 de la Constitución ecuatoriana del 2008.

⁴⁹ Art. 96 de la Constitución ecuatoriana del 2008.

⁵⁰ Art. 100 de la Constitución ecuatoriana del 2008.

Entre las principales instituciones que intervienen en el ejercicio de la participación ciudadana en el Ecuador, se encuentran: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias.

Dichas instituciones están amparadas en la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el Código de la Democracia, la Ley de Seguridad Pública, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización, el Código de Planificación y Finanzas Públicas, la Ley del Deporte y el Reglamento General de Veedurías.

En segundo lugar se ubica la Constitución de Venezuela y a partir de su análisis se asume como participación ciudadana: la actividad protagónica del pueblo, en un proceso orientado a ocupar y ejercer espacios legítimos y formales de intercambio, cooperación, reciprocidad, comunicación y cohesión entre los ciudadanos y el Estado, con la finalidad de cogobernar y compartir responsabilidades en la gestión pública local.

En tal sentido, establece como medios de participación protagónica los siguientes: el referendo popular, el cabildo abierto, la asamblea de ciudadanos, la revocatoria de mandatos, la elección de cargos públicos, la consulta popular, la iniciativa legislativa en materia constitucional, constituyente y habilitante, las instancias de atención ciudadana, la contraloría social, y otras formas de organización y cooperación.

En auxilio a estos medios, desde el ámbito del Poder Ejecutivo, se crea en el 2003 el Ministerio para la Economía Popular, hoy día Ministerio del Poder Popular para la Economía Comunal, y en el 2005 el Ministerio de Participación Popular y Desarrollo Social, hoy día Ministerio del Poder Popular para la Participación Popular y el Desarrollo Social.

Estos órganos se han encargado de diseñar y ejecutar, desde el punto de vista social y económico, el mandato constitucional de materializar la participación protagónica del pueblo, principalmente en lo relativo a la conformación y gestión de cooperativas, consejos comunales, bancos comunales, entre otros.

De igual forma, contribuyen a desarrollar el sistema microfinanciero, impulsar la contraloría social, potenciar la economía popular como modelo de desarrollo social, entre otras acciones. Sin embargo, el ejercicio pleno de este proceso sociopolítico no queda circunscrito a las competencias de estos ministerios, sino que implícitamente está vinculado a las políticas públicas de otras instancias ministeriales.

Conclusiones:

El estudio realizado al respecto, ha posibilitado considerar la defensa de la participación ciudadana o popular, como una garantía social para el ejercicio de los derechos asociados o no, a su radio de acción.

Es perceptible en algunas constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano, su regulación como vía para ejercer un amplio grupo de derechos, entre los que resaltan los políticos.

Hoy día, se precisa la definición de premisas para su configuración teórica, como subsistema social, dentro del gran sistema de garantías, defendido por la doctrina jurídica contemporánea.

Referencias bibliográficas:

- Aguilar Andrade, J. P. (2010): ¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009 (Primera). Quito: ABYA-YALA. Recuperado a partir de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/944>.
- Badii, M. H.; Castillo, J; Guillen, A.; Sáenz, K. (2009): Origen, espacio y niveles de participación ciudadana (Origin, space and levels of participation). Daena: International Journal of Good Conscience, 4(1), 128–148.
- Baño, Rodrigo (1997): Consideraciones acerca de la participación ciudadana. Ponencia presentada en el I Seminario Conceptual sobre Participación Ciudadana y Evaluación de Políticas Públicas, organizado por FLACSO/Chile, Santiago de Chile.
- Castillo, Fernando (1997): Participación y exclusión: Una aproximación al tema desde la experiencia de las comunidades de base. Ponencia presentada en el I Seminario Conceptual sobre Participación Ciudadana y Evaluación de Políticas Públicas, organizado por FLACSO/Chile, Santiago de Chile.
- Cutié Mustelier, Danelia: El sistema de garantías de los derechos humanos. Tesis en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas.
- Peraza, A. (2005): Democracia participativa y derechos humanos. Revista Aportes Andinos., 13, 8.
- Sáez, Vladimiro (1997): Gestión pública y participación ciudadana. Ponencia presentada en el I Seminario Conceptual sobre Participación Ciudadana y Evaluación de Políticas Públicas, organizado por FLACSO/Chile, Santiago de Chile.

LA JUDICATURA CUBANA HACIA UNA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

LIC. ESMEL VALERA SABUGO

Sobre el presente tema un pequeño artículo no bastaría para abordar todo lo que él engloba, no obstante resulta sustancial un acercamiento a este, máxime cuando existen diversidad de criterios al respecto, por un lado aquellos que defienden una interpretación desde la Constitución; dable y legítima, en las condiciones reales de nuestro sistema socio jurídico, y por el otro quienes se muestran escépticos. Lo indiscutible: que la interpretación constitucional en Cuba constituye un camino por recorrer en el cual existen todavía grandes reservas, sobre todo porque *“no se ha reconocido en sentido general la Constitución como fuente suprema del orden jurídico ni la conformidad con ella como criterio máximo de la validez y obligatoriedad de las restantes normas jurídicas”*⁵¹.

Ineludible resulta también la intervención de la judicatura cubana en este tópico, no solo en el ámbito de su posible legitimidad, sino en el de su actividad creadora, al desdoblarse como actor decisivo que lo coloca en el núcleo del debate interpretativo, aún cuando no ha sido comprendido de este modo ni constituya una práctica de nuestra actual judicatura.

La Constitución como es conocido, más que un programa político, constituye expresión de la voluntad popular devenida en una norma jurídica, particular que le confiere; además de su propio contenido, una validez y fuerza jurídica superior que hace innegable su obligatoriedad. De aquí que las doctoras Josefina A. Méndez López y Danelia Cutié Mustelie sostengan que *“La fuerza obligatoria y la eficacia de las normas constitucionales no dependen de cosa alguna, más allá de su propio contenido y de su adecuación y correspondencia con la vida social que regula”*⁵².

Lo cual nos ratifica la idea de que la Constitución es fuente viva, y que esa validez no se sustenta solo en leyes complementarias como sostiene una parte de la doctrina, pues estas contribuyen sí, a validar su eficacia, pero solo posibilitando su mejor desarrollo, no restándole fuerza jurídica.

Surgiendo en este punto una problemática a la hora de esa eficacia, y está dada en cómo es aplicada la Constitución y tomada como punto de partida y limite para toda la sociedad. Lo cual no puede verse desligado de su interpretación, que juega un rol importante en el mantenimiento de la seguridad jurídica dentro del ordenamiento mismo.

51Dr. Walter Mondelo, Constitución, regla de reconocimiento y valores jurídicos en el derecho cubano.

52 Dra. Josefina A. Méndez López y Dra. Danelia Cutié Mustelie, La función de los tribunales de salvaguardar la Constitución.

La interpretación⁵³ constitucional no se encuentra alejada de la interpretación jurídica sino que forma parte de esta, de la que se va a distinguir entre otros aspectos por su objeto de interpretación, aunque algunos autores como Prieto Sanchís sostiene que también se va a diferenciar de la interpretación legal por la función que generalmente se atribuye a los órganos encargados de realizarla⁵⁴.

En este sentido la Constitución cubana de 1976 definió que sería la Asamblea Nacional del Poder Popular quien asumiría su interpretación mediante el ejercicio de la facultad legislativa, y el control constitucional, según el art. 75 c) de La Constitución es atribución exclusiva de La Asamblea Nacional del Poder Popular: “decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes, decretos y demás disposiciones generales”⁵⁵. Siendo así, la Asamblea Nacional del Poder Popular el principal intérprete de La Constitución. Lo cual excluyó y pasó a un plano inferior, casi extinto, su interpretación judicial, y por tanto el ámbito de su aplicación directa o indirecta; dejando en el tintero el criterio de que *“las normas jurídicas, inclusive las constitucionales, son creadas para regir relaciones sociales, conductas humanas; en fin, para ser aplicadas”*⁵⁶, aun cuando autores cubanos sostienen que no hay previsión que lo impida.

El nuestro como cualquier texto fundamental está conformado por normas programáticas, valores y principios, requeridos de leyes de desarrollo para su mejor eficacia social, pero coincidiendo en este particular con Prieto Valdés *“Existen en el texto otras normas que deben ser consideradas preceptos o mandatos, en especial los capítulos reguladores de la organización y funcionamiento del Estado y del status jurídico de los individuos en la sociedad, por cuanto son normas para la autorregulación estatal o definitorias de sus relaciones con los hombres que habitan en la sociedad que dirige. De ser consideradas éstas sin imperatividad y obligatoriedad directa sobre los operadores jurídicos, queda al legislativo su completamiento para la realización de la eficacia de los contenidos, todo lo cual merece especial atención por cuanto la inacción de este órgano, como intérprete exclusivo de la Constitución, le resta eficacia social a tales normativas y supondría una inconstitucionalidad por omisión”*⁵⁷.

53 “La interpretación se entiende que designa típicamente una actividad creativa; tiene que ver con determinar el significado de lo que en algún aspecto relevante no es claro o es indeterminado”. Manuel Atienza. Constitucionalidad y Decisión Judicial. México 1996. Pág. 8.

54 Véase Luis Prieto Sanchís, Notas sobre la Interpretación Constitucional, p. 2 y s.

55 Véase Constitución de la República de Cuba, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria número 3 de 31 de enero de 2003. En este sentido la Sección Cuarta del Reglamento de La Asamblea Nacional del Poder Popular, en su art. 68 y 70 establecen “El control Constitucional previo de los proyectos de leyes”. Luego, los Capítulos VII y VIII, establecen, respectivamente, “la revocación de los decretos leyes y la revocación de los decretos y disposiciones del consejo de ministros y de los acuerdos y disposiciones de los órganos locales”.

56 José Afonso Da Silva, Aplicabilidad de las Normas Constitucionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina jurídica, Núm. 149, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p 38.

57 Dra. Martha Prieto Valdés, El Derecho, la Constitución y la interpretación.

No obstante lo dicho hasta aquí, y la imposibilidad de encontrar en nuestra Constitución alguna norma o pronunciamiento que licencie expresamente a los tribunales como intérpretes de la Constitución, sus postulados referidos al principio de legalidad como rector para la actividad del Estado en sentido general y la obligatoriedad de cumplir la Constitución como un deber de todos, así como las facultades que al respecto se le reconocen a los tribunales, reflejadas en la Ley de los tribunales (82/97), donde se establece “Los tribunales se rigen por los principios consagrados en la Constitución, ..”, y establece la obligación para los tribunales de cumplir y hacer cumplir la legalidad y la Constitución⁵⁸, estos pueden contribuir a su eficacia directa, sin que por ello cambie el titular de su interpretación como afirma Prieto Valdés.

Los jueces en su labor de impartir justicia están en el deber de fundar su decisión en una motivación, que se va a extender no sólo al estricto enunciado normativo sino también a los mandatos que derivan de la interpretación de ese enunciado, lo cual constituye el núcleo de su actividad creadora, teniendo aquí que evaluar como fuente principal la primacía de La Constitución como esencial soporte y límite en la aplicación del derecho.

Suscitándose en este aspecto otro particular relacionado con cuál sería la conducta que han de emplear los jueces en su actividad jurisdiccional, si hacer una interpretación de la Constitución o conforme a la Constitución, aquí entran a jugar varios aspectos, entre ellos se encuentra el referido a la forma en que la Constitución va a ser entendida por los jueces, pues si fuera entendida solo como norma programática y formal sin otra consecuencia que el establecimiento o distribución de los poderes constituidos y de las relaciones de estos con los ciudadanos, no puede esperarse ninguna trascendencia de ella en el razonamiento de las decisiones judiciales, por otra parte si es entendida como pauta de comportamiento social, dotada de un contenido material, y especialmente de principios y derechos fundamentales, que van a condicionar la validez de las normas inferiores, entonces tendría que ser considerada en la adopción de decisiones judiciales.

Pero entender la Carta Magna de este modo encierra una problemática, y está dada en que “*el grado de indeterminación de sus enunciados es en muchas ocasiones, aunque no siempre, en absoluto, más elevado de lo habitual*”⁵⁹, pues por lo general adolecen de lo que debiera ser la estructura de una norma jurídica, “de manera que su aplicación depende en gran medida del contexto en que se litigue determinada cuestión, teniendo en cuenta que más que “normas” -en el sentido antes descrito- las constituciones están formadas por un tipo de enunciados que se les llama comúnmente “principios” y “valores” y su aplicación, por tanto, exige realizar juicios

58 Ley de los Tribunales (82/97), artículos 1.2 (Los tribunales se rigen por los principios consagrados en la Constitución, ..), 4 (cumplir y hacer cumplir la legalidad); 5 (obligación para los tribunales de hacer cumplir la Constitución..)

59 Juan Antonio García Amado, Sobre La Interpretación Constitucional, Publicado en: Revista Jurídica de Castilla y León, nº 2, 2004, pp. 37-74.

de ponderación y razonabilidad, no pudiendo ser aplicados según el modelo de subsunción tradicional⁶⁰.

Pero ese mayor o menor grado de indeterminación, de proclamación genérica de fines y valores, también debe ser entendido en un mayor margen de legítima libertad interpretativa con una especial aptitud de muchos enunciados constitucionales para ser adaptadas en su significado y alcance a nuevas necesidades, expectativas, opiniones y concepciones de lo justo⁶¹. De aquí que lejos de ver esta cuestión como una limitante a su aplicabilidad, debería entenderse como positivo en el sentido de la supremacía jerárquica y normativa que encierra el texto constitucional.

Vistas hasta aquí estas breves ideas, creo en el papel que pueden jugar los jueces en la aplicación directa de la Constitución, asumiéndolo bajo la actual estructura y organización judicial y de acuerdo a sus atribuciones, defendiendo una interpretación preferentemente conforme a la Constitución o desde la Constitución, pues *“se interpretará para su aplicación directa al caso por omisiones, vacíos o antinomias, o para el contraste necesario en la determinación de la constitucionalidad de la disposición general infraconstitucional”*⁶².

Si aceptamos que la Constitución encierra el acuerdo de los miembros de una sociedad políticamente organizada y por tanto es voluntad popular, debemos asumirla como cimiento y criterio superior de todo el ordenamiento jurídico y social, por lo que su interpretación como forma de aplicabilidad directa resulta una necesidad a fin de lograr la eficacia y la armonía no sólo de la Constitución, sino del Ordenamiento jurídico en general.

60 Yoel Carrillo García, Constitución y jurisprudencia (notas sobre la justificación constitucional de las decisiones judiciales en Cuba.

61 José Afonso Da Silva, Aplicabilidad de las Normas Constitucionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina jurídica, Núm. 149, Universidad Nacional Autónoma de México, México , 2003

62 Dra. Martha Prieto Valdés, El Derecho, la Constitución y la interpretación.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL CUBANO EN LA CONSTITUCIÓN

LIC. EYANES LÓPEZ BATISTA.
LIC. GLADYS PEÑA PALOMINO.

A lo largo de la historia, la Filosofía ha demostrado que no hay fenómenos sociales puros, sino que son resultado de la interacción de varios factores económicos, sociales y culturales, con disímiles componentes. Así sucede con la Constitución; instrumento que al decir de la doctora Marta Prieto Valdés, es desde el punto de vista funcional y por su esencia un fenómeno político e ideológico, social y jurídico.

La Constitución de un país, ostenta una importante función reguladora de la vida sociopolítica e ideológica, expresiva de una voluntad política dominante que incluye la diversidad para lograr la unidad y como ley fundamental encaminada a representar y esgrimir la voluntad de los ciudadanos situados en posición políticamente dominante en cada momento histórico concreto, el texto constitucional enarbola el objetivo primordial de la participación individual y colectiva del sujeto soberano en la definición de los principios, las pautas y las estrategias de actuación del Estado en su conjunto y en la elaboración de las normas de Derecho que regirán en un determinado territorio que posibiliten el desarrollo de la vida económica, política y social del mismo.

En el caso de nuestro país en particular, se encuentra vigente el texto constitucional aprobado el 15 de febrero de 1976, mediante el voto libre, directo y secreto de la inmensa mayoría de los ciudadanos, el que cuenta con tres reformas, la primera de fecha 28 de junio de 1978, a los efectos de que en lo sucesivo la Isla de Pinos pasara a llamarse Isla de la Juventud, la segunda aprobada el 12 de julio de 1992 para introducir cambios con el fin de garantizar y ampliar el ejercicio de numerosos derechos y libertades fundamentales y los derechos civiles y políticos de los ciudadanos y extranjeros y la última tuvo lugar el 10 de junio del 2002, para ratificar el contenido socialista de esta Constitución en respuesta a las manifestaciones injerencistas y ofensivas del Presidente de los Estados Unidos de América, para dejar expresamente consignado el carácter irrevocable del socialismo y del sistema político y social revolucionario por ella diseñado, así como que las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con otro Estado no pueden ser negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera, ante lo cual el órgano supremo de poder del Estado, en sesión extraordinaria, convocada al efecto, adoptó por unanimidad el Acuerdo No. V-74, por el que se aprobó la Ley de Reforma Constitucional el 26 de junio del 2002.

Resulta necesario valorar que las reformas se han venido produciendo, obedecen a cambios externos e internos, pues han aparecido otros actores económicos ocupando espacios que antes eran privativos del Estado, nuevas formas de propiedad y relaciones productivas y en las que consecuentemente surgen nuevos sujetos sociales, nuevos empleadores y se abren espacios para una heterogeneidad social.

En tales circunstancias el reforzamiento del aparato estatal es vital y la sociedad en su totalidad requiere una reformulación legislativa atemperada al momento histórico concreto, máxime cuando la práctica ha demostrado que en ocasiones las leyes de desarrollo se dictan con carácter restrictivo respecto a la preceptiva constitucional y en tal caso, el legislador está impidiendo el pleno desarrollo del mandato.

Por las razones antes expuestas, ante la recién aprobada Ley 116 “Código de Trabajo”, en el presente artículo nos proponemos abordar algunos elementos que demuestren si existe correspondencia entre los principios del derecho al trabajo reconocidos en dicha norma, con los postulados y valores reflejados en la Constitución, como máxima expresión de la de legalidad, vinculada ésta ahora con la observancia de la jerarquía institucional y normativa, y de la salvaguarda, aún más, de la supremacía constitucional de un texto concebido en su integralidad.

La Ley 116 “Código de Trabajo”, puesta en vigor desde el 18 de junio de 2014, teniendo como antecedente la Ley No. 49/84, y sus disposiciones complementarias que respaldaban las garantías jurídicas de los derechos y deberes de los trabajadores y empleadores, surgió como instrumento idóneo para perfeccionar y atemperar la norma laboral fundamental de nuestro país a los cambios que se operan en la economía.

En el tercer POR CUANTO del vigente Código de Trabajo, el legislador resume de manera magistral los aspectos que la novedosa norma regula a fin de atemperarla a la realidad cubana actual, alcanzada como resultado del Sexto Congreso del Partido Comunista de Cuba y el proceso de implementación de los lineamientos de la política económica y social que estamos llevando a cabo en nuestro país⁶³.

En razón de ello y teniendo en cuenta que la legislación que aborda aspectos de una determinada rama del derecho encaminada a la regulación de relaciones sociales específicas dentro de la sociedad, como es el caso de las relaciones laborales, no puede desligarse de los postulados del texto constitucional, o sea, que han de guardar la más estrecha unidad de principios, pues solo así podríamos alcanzar la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico, es por ello que nos proponemos analizar de modo detallado la inserción de los principios fundamentales que rigen el derecho de trabajo en Cuba en la norma constitucional.

Nuestro Código de Trabajo en su artículo número 2 señala cuales son estos principios y a ellos nos vamos a referir, por ejemplo en el inciso a) establece que el trabajo es un derecho y un deber social del ciudadano y los ingresos que por él se obtienen son la vía fundamental para contribuir al desarrollo de la sociedad y a la satisfacción de sus necesidades personales y familiares. Este principio concibe al trabajo no solo como la vía para obtener los necesarios ingresos económicos para el sostenimiento de la familia y la satisfacción de las necesidades individuales de los

⁶³ POR CUANTO: El presente Código de Trabajo consolida y perfecciona las regulaciones que garantizan la protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes, derivados de la relación jurídico-laboral establecida entre los trabajadores y los empleadores, fortalece los mecanismos para exigir una mayor disciplina y reafirma la autoridad y responsabilidad de la administración.

ciudadanos sino que lo enfoca como el deber de contribuir con nuestro esfuerzo personal al desarrollo de la sociedad, con lo que se crea un nexo entre el bien personal y el de la comunidad.

Este principio se contextualiza en la Constitución de la República cuando en su artículo 45 establece que el trabajo en la sociedad socialista, o sea en la nuestra, es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano⁶⁴, lo que además se puede apreciar en su artículo 9 cuando atribuye al Estado la responsabilidad de garantizar el acceso al empleo de todos los cubanos en condiciones para laborar.⁶⁵

El principio contenido en el inciso b) del Código de Trabajo propugna la igualdad en el trabajo al señalar que todo ciudadano en condiciones de trabajar tiene derecho a obtener un empleo atendiendo a las exigencias de la economía y a su elección, tanto en el sector estatal como no estatal; sin discriminación por el color de la piel, género, creencias religiosas, orientación sexual, origen territorial, discapacidad y cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana. Este principio fue incluido en la novedosa norma por cuanto en el anterior Código de Trabajo no se recogía como tal y con él se pone bien en alto el de la igualdad que siempre ha caracterizado nuestra sociedad y que para alcanzarlo dieron la vida tantos cubanos dignos a lo largo de la historia.

Por supuesto este principio también nace del texto constitucional, que en sus artículos 41 y 42, deja sentada la igualdad de derechos y deberes de que gozamos todos los cubanos y la prohibición expresa de toda forma de discriminación y para alcanzar este objetivo involucra las instituciones educacionales del país⁶⁶.

El inciso c) del aludido artículo 2 del Código de Trabajo, establece un principio relacionado con el anteriormente expuesto, consistente en igualdad en el salario; el trabajo se remunera sin discriminación de ningún tipo en correspondencia con los productos y servicios que genera, su calidad y el tiempo real trabajado, donde debe regir el principio de distribución socialista de cada cual según su capacidad a cada cual según su trabajo. El Estado, atendiendo al desarrollo económico-social alcanzado y establece el salario mínimo en el país.

Al igual que en los principios ya analizados, éste también se deriva de postulados constitucionales pues dicho texto en su artículo 43 encomienda al Estado el deber de mantener el derecho alcanzado en nuestro país a percibir igual salario por la

⁶⁴ Artículo 45.- El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano. Cada trabajador está en el deber de cumplir cabalmente las tareas que le corresponden en su empleo.

⁶⁵ Artículo 9.b)- El Estado: como Poder del pueblo, en servicio del propio pueblo, garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades.

⁶⁶ Artículo 41.- Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes. Artículo 42.- La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquiera otra lesiva a la dignidad humana esta proscrita y es sancionada por la ley.

realización de idénticos trabajos sin distinguir sexo, etnia, grupo social, creencias religiosas o cualquier otro aspecto identitario de la persona⁶⁷.

Por su parte el inciso d) del multicitado artículo 2 del Código de Trabajo establece la prohibición del trabajo infantil y la protección especial a los jóvenes en edades comprendidas entre quince y dieciocho años de edad, que se incorporan al trabajo, con el fin de garantizar su desarrollo integral, haciendo gala de la importancia que en nuestra sociedad se brinda a la niñez y a la juventud, cumpliendo de este modo el Código de la Niñez y la Juventud y los Tratados Internacionales, de los cuales somos signatarios.

Este principio también encuentra su génesis en la ley fundamental pues ésta en su artículo 40 deja sentada la especial protección de que goza la niñez y la juventud en Cuba así como el deber general de toda la sociedad de contribuir a la formación integral de este sector de la población⁶⁸.

El derecho de los trabajadores a la capacitación y superación, en las condiciones específicas que establece la legislación, es el quinto principio recogido en el Código de Trabajo en el inciso e), encaminado a la formación de trabajadores cultos y competentes, capaces de desarrollar la actividad laboral a cada uno asignada con resultados superiores.

Por su parte la norma constitucional también estipula la responsabilidad del Estado en la educación y superación de los trabajadores brindándole facilidades para ello, así reconocido en sus artículos 39 y 51⁶⁹.

Otro de los principios reconocidos en nuestro Código de Trabajo, específicamente en el inciso f) es el del derecho de los trabajadores al descanso diario, semanal y de las vacaciones anuales pagadas, como forma de mantener las conquistas logradas como resultado del proceso revolucionario y el cumplimiento del Manifiesto del Moncada tan magistralmente expuesto por nuestro Comandante en Jefe Fidel Castro

⁶⁷ Artículo 43.- El Estado consagra el derecho conquistado por la Revolución de que los ciudadanos, sin distinción de raza, color de la piel, sexo, creencias religiosas, origen nacional y cualquier otra lesiva a la dignidad humana, perciben salario igual por trabajo igual.

⁶⁸ Artículo 40.- La niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad.

⁶⁹ Artículo 39.- El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones. En su política educativa y cultural se atiende a que la enseñanza es función del Estado y es gratuita. Se basa en las conclusiones y aportes de la ciencia y en la relación más estrecha del estudio con la vida, el trabajo y la producción. El estado mantiene un amplio sistema de becas para los estudiantes y proporciona múltiples facilidades de estudio a los trabajadores a fin de que puedan alcanzar los más altos niveles posibles de conocimientos y habilidades.

Artículo 51.- Todos tienen derecho a la educación. Los hombres y mujeres adultos tienen asegurado este derecho, en las mismas condiciones de gratuidad y con facilidades específicas que la ley regula, mediante la educación de adultos, la enseñanza técnica y profesional, la capacitación laboral en empresas y organismos del Estado y los cursos de educación superior para los trabajadores.

Ruz en su alegato de autodefensa en el juicio seguido en su contra raíz de los sucesos de 1956 y que pasaron a la posteridad como “La Historia me Absolverá”.

Este principio, a nuestro modo de ver, de los más importantes que regula nuestra legislación laboral, inexorablemente debe encontrar un espacio en el texto constitucional y efectivamente es así, pues en su artículo 46 regula expresamente este derecho con el ánimo de propiciar el disfrute de tiempo libre del trabajador con su familia y de esta forma reposar la fatiga laboral⁷⁰, tal es así que con independencia de que se pospongan o se acuerde el cobro de las vacaciones y del salario por el trabajo realizado, es obligatorio que el trabajador descanse al menos 7 días al año.

El siguiente principio reflejado en la norma laboral señalado en el inciso g), es el relacionado con el derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo, mediante la adopción de medidas para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; el cual encierra una importancia trascendental pues está encaminado a la preservación del bien máspreciado de toda sociedad que lo constituye la vida de los ciudadanos.

Obviamente este principio también se contextualiza en nuestra la Constitución, pues en el artículo 49 hace referencia a la responsabilidad del Estado en la protección de estos derechos mediante la adopción de medidas eficaces para ello y a la vez, reconoce el derecho de los trabajadores a la atención médica y a percibir subsidios derivados de hechos que traigan como consecuencia una invalidez parcial o permanente para el trabajo⁷¹

El nuevo Código de Trabajo continúa el enunciado los principios que rigen el derecho de trabajo en Cuba señalando como tal en el inciso h) del artículo sometido a análisis, el derecho de los trabajadores y sus familias a recibir la protección de la Seguridad Social de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente, pues una sociedad como la nuestra, que ha crecido sobre la base de la sensibilidad y el respeto a las personas de la tercera edad, no puede dejar a un lado este particular.

Es por ello que en el artículo 47 del texto constitucional, los legisladores dejaron plasmado el medio con que cuentan los trabajadores que arriban a la edad de jubilación o que por razones de salud se encuentran impedidos de laborar, para

⁷⁰Artículo 46.- Todo el que trabaja tiene derecho al descanso, que se garantiza por la jornada laboral de ocho horas, el descanso semanal y las vacaciones anuales pagadas. El Estado fomenta el desarrollo de instalaciones y planes vacacionales.

⁷¹Artículo 49.- El Estado garantiza el derecho a la protección, seguridad e higiene del trabajo, mediante la adopción de medidas adecuadas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales. El que sufre un accidente en el trabajo o contrae una enfermedad profesional tiene derecho a la atención médica y a subsidio o jubilación en los casos de incapacidad temporal o permanente para el trabajo.

acceder a una eficaz protección, la que en caso de fallecimiento de éstos se trasmite a sus familiares.⁷²

La familia como célula fundamental de la sociedad, así catalogada por Carlos Marx, también goza de una especial protección en el ordenamiento jurídico cubano, es por ello que a las trabajadoras se les reconocen derechos de trabajo y de seguridad social, para proteger su maternidad y facilitar su atención médica, el descanso pre y postnatal y el cuidado de los hijos menores, siendo éste otro de los principios reflejados en la nueva ley que se refleja en el inciso i) .

Este principio igualmente encuentra su respaldo constitucional en el artículo 44 del texto⁷³, el cual reconoce la igualdad de derechos y deberes en todos los ámbitos del hombre y la mujer y en tal sentido ofrece igualdad de posibilidades a ambos como es el caso de la licencia para el cuidado de los hijos menores y a la vez propicia la creación de instituciones que le permitan a la familia trabajadora el desempeño de su labor.

El derecho de los trabajadores a asociarse voluntariamente y constituir organizaciones sindicales, de conformidad con los principios unitarios fundacionales, sus estatutos y reglamentos que aprueban democráticamente; y actúan con apego a la ley, es el penúltimo principio que recoge el Código de Trabajo en el inciso J), siendo éste uno de los que fue modificado debido a los planteamientos derivados de la consulta popular, el que en virtud de su nueva redacción se integra perfectamente a los postulados de la Ley Fundamental.

Ello obedece a que nuestra norma constitucional en su artículo 54 deja sentado que la sociedad en general goza de los derechos de reunión, manifestación y asociación y en tal sentido los afiliados a cada organización gozan de las libertades de palabra y expresión sin restricción alguna.⁷⁴

⁷² Mediante el sistema de seguridad social, el Estado garantiza la protección adecuada a otro trabajador impedido por su edad, invalidez o enfermedad. En caso de muerte del trabajador garantiza similar protección a su familia.

⁷³ La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar. El Estado garantiza que se ofrezcan a la mujer las mismas oportunidades y posibilidades que al hombre, a fin de lograr su plena participación en el desarrollo del país. El Estado organiza instituciones tales como círculos infantiles, seminternados e internados escolares, casas de atención a ancianos y servicios que facilitan a la familia trabajadora el desempeño de sus responsabilidades. Al velar por su salud y por una sana descendencia, el Estado concede a la mujer trabajadora licencia retribuida por maternidad, antes y después del parto, y opciones laborales temporales compatibles con su función materna. El Estado se esfuerza por crear todas las condiciones que propicien la realización del principio de igualdad.

⁷⁴ Artículo 54. Los derechos de reunión, manifestación y asociación son ejercidos por los trabajadores, manuales e intelectuales, los campesinos, las mujeres, los estudiantes y demás sectores del pueblo trabajador, para lo cual disponen de los medios necesarios a tales fines. Las organizaciones de masas y sociales disponen de todas las facilidades para el desenvolvimiento de dichas actividades en las que sus miembros gozan de la más amplia libertad de palabra y opinión, basadas en el derecho irrestricto a la iniciativa y a la crítica.

Finalmente y no por ello menos importante, nuestra Ley Laboral reconoce como un principio, el derecho de los trabajadores a promover acciones ante los órganos, autoridades e instancias competentes, para el reconocimiento y cumplimiento de los derechos de trabajo y de seguridad social consagrados en la legislación. Siendo éste un principio crucial en aras de la defensa y reconocimiento de los derechos de los trabajadores.

Es preciso destacar que un enunciado tan importante no escapa al texto constitucional, pues en su artículo 63 reconoce el derecho de los ciudadanos, sin distinción alguna, a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes, en plazo adecuado; aspecto este que vemos con mucha frecuencia en la sede de los tribunales donde se atiende a la población inconforme con el actuar judicial.⁷⁵

A modo de conclusiones es necesario referir que como bien pudimos apreciar, existe una plena correspondencia entre los principios del derecho al trabajo reconocidos en nuestra ley laboral, con los postulados y valores reflejados en nuestra Ley de leyes o Carta Magna, lo que sin lugar a dudas conlleva a que exista una observancia de la jerarquía institucional.

Bibliografía

1. Aguilar Pascaud, Vivian. Apuntes sobre la jurisdicción laboral en Cuba.
2. Aguilar Pascaud, Vivian, y Domínguez Chaveco, M. I. El paradigma de juez cubano.
3. Arredondo Suárez, Isabel Inés. Ordenamiento jurídico cubano.
4. Constitución de la República de Cuba.
5. Código de la Niñez y la Juventud.
6. Decreto no. 326 Reglamento Código de Trabajo.
7. Díaz Tenreiro, Carlos M. y Alfaro Guillén, Yanet. Bases generales para la reforma del proceso civil en Cuba.
8. Ley 116. Código de Trabajo.
9. Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados por el VI Congreso del Partido.
10. Morales González, Nancy. Autonomía en el proceso laboral.
11. Morales González, Nancy y Fernández Toledo, Aymee. Antinomia y desregulación en el Derecho Laboral cubano: La función integradora del juez
12. Objetivos de Trabajo de la Conferencia del Partido Comunista de Cuba.
13. Prieto Valdés, Martha. Carácter normativo de la Constitución.

⁷⁵ Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazo adecuado, conforme a la ley.

ENCRUJADAS DE LA VERDAD Y LA JUSTICIA

LIC. ANTONIO RAMÓN TORRES CONSUEGRA.

En el discurso jurídico los términos “*verdad y justicia*”, son de los más usados y polémicos. Los operadores del derecho los han convertido en figuras regularmente retóricas de sus alegatos y motivaciones y en el contexto académico se debaten, entre otras proyecciones, su visión ontológica, su alcance conceptual y su medición o evaluación práctica.

Es necesario para este análisis puntualizar algunos contenidos que matizan el debate. Aclarando, que estas construcciones son necesarias para valorar y reflexionar en torno a la incidencia de las categorías verdad y justicia en el mundo contencioso jurídico, sin pretender ser portador de la última y más acabada de dichas nociones:

Operador jurídico: es aquel sujeto que mayormente interactúa en el debate y solución de los conflictos jurídicos sometidos a los tribunales, ya sean el que interviene como representante de las partes o aquellos que toman las decisiones definitivas. Son estos en esencia: los abogados, fiscales y jueces.

*Elementos formadores de la verdad*⁷⁶: estos parten de conocimientos que los operadores jurídicos poseen de sus casos, al nutrirse de pruebas, que han sido llevadas al proceso por las partes y que ofrecen una visión de la realidad en disputa.

*Elementos formadores de la justicia*⁷⁷: se erigen a partir de decisiones razonadas amparadas en las pruebas y en los conocimientos técnicos generales y jurídicos que merita el caso, para lo cual deben estudiarse las particularidades jurídicas y no jurídicas del mismo, díganse: leyes y demás normas jurídicas, doctrinas, y cualquier

⁷⁶ Se presentan elementos que considero que viabilizan la formación y el acercamiento a la verdad desde una postura judicial.

⁷⁷ No pretendo definir que es la justicia. Pretendo tan sólo mostrar algunos elementos que han de tomarse en cuenta para formar en la mente de los operadores jurídicos, muy especialmente, en la mente de los jueces, convicciones adecuadas, lo que a mi juicio equivale a convicciones justas. Esta es una visión de formación del valor justicia desde una perspectiva judicial.

otro aspecto de la propia naturaleza del asunto que merezca averiguamiento. Sobre esta base se evalúa la realidad y se concede la relevancia jurídica a los hechos. Aquí el actuante debe despojarse de vicios morales, en su proyección personal y sociopolítica; de manera, que asuma exclusivamente como referente, a las evidencias y al apego al ordenamiento jurídico vigente y a aquellas herramientas⁷⁸ que le permitan arribar a una convicción definitiva.

*Paradigma ético del operador jurídico*⁷⁹: son valores y principios que marcan una línea a seguir en el ejercicio profesional y se posicionan como referentes en la construcción de argumentos y decisiones racionalmente aceptados; dichos estándares se presentan como patrones generales de deber, que modulan el camino de lo adecuado, lo que a mi juicio, se equipara al sendero de lo justo.

Otros estándares o cimientos éticos: así como debe existir un “paradigma ético” a seguir, formado por valores y principios de elevado altruismo, existen otros resortes que también son tomados de manera solapada como soportes éticos de los argumentos y decisiones de los operadores jurídicos. Ejemplos de estos son: las tendencias políticas, morales, raciales, etc.

Cada operador jurídico visto desde el ejercicio general de la profesión que realiza, posee patrones y valores éticos específicos que los caracterizan, estos en esencia, son aspectos que distinguen su modo de actuar y de pensamiento.

En tal caso, el paradigma o modelo a seguir por los jueces⁸⁰, parte de la equidad e imparcialidad, estos deben ampararse en la verdad como principal sustento, apartándose de tendencias morales, parciales y personales. Además, para el otorgamiento de la relevancia jurídica a sus asuntos, el juez debe apoyarse en las leyes y demás normas legales y en otras fuentes del derecho según sea la complejidad del caso. Por su parte, el modelo o paradigma de los fiscales⁸¹, es el de representar a la sociedad y al Estado en los procesos de su competencia, filiándose al ejercer dicha representación no a una tesis cualquiera, sino a aquella que le posibilite fundamentar su teoría del caso⁸² con una mayor correspondencia con la realidad.

⁷⁸ Me refiero a todos los conocimientos teóricos y prácticos que sean necesarios para argumentar o dar solución al asunto.

⁷⁹ Este subtítulo parte de una observación personal, pues considero que el ser humano de modo general se proyecta en función de determinados postulados que se identifican con “lo que debe ser”; a lo cual no escapa el operador jurídico, quien posee sus propios estándares de conducta.

⁸⁰ Los fundamentos esenciales que marcan el camino a seguir por los jueces como paradigma ético de su conducta, dimana en nuestro entorno jurídico, de La Constitución y en La Ley No. 82, de Los Tribunales, donde se fija que la función de los jueces es la de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley.

⁸¹ La Constitución de La República y La ley No. 83, de La Fiscalía General de La República, establecen los estándares éticos a seguir por los fiscales.

⁸² Más de la teoría del caso en: Colectivo de Autores. Habilidades Comunicativas del Defensor. Colombia. Pág. 41.

El paradigma de los abogados⁸³, es el de representar intereses particulares, y ello les permite escoger sus tesis a defender de varias posibles, siempre apoyado en pruebas obtenidas limpiamente y nunca usando pruebas falsas o viciadas. El abogado se debe a intereses particulares y escoge su teoría del caso luego de evaluar las principales aristas a favor de su representado, pudiendo o no ampararse en la verdad como sustento.

Francamente debo confesar que la primera vez que me pregunté: *¿Pueden los operadores jurídicos argumentar sus casos desde la verdad?* Fue al escuchar en la academia el criterio de que a los operadores jurídicos no les interesa la verdad y que su intención es la de persuadir y resolver casos. De modo que se afirma, que abogados y fiscales representan a las partes en conflicto defendiendo tesis que procuran persuadir a los jueces. Y los jueces tienen como esencial objetivo “resolver a ultranza” los casos sometidos a su consideración.

No me parece descabellado del todo este criterio, pero tampoco creo que dicha problemática se resuelva así de sencillo con un solo matiz. Y es que cuando se trata la naturaleza del comportamiento de grupos humanos, en su interacción y dimensión social, es muy difícil sistematizar una posición cualquiera, por la evidente complejidad de los consensos conductuales. De ahí que me he propuesto reflexionar en esta fascinante temática y parto en este afán, auxiliándome en simples interrogantes y en sencillos razonamientos abductivos⁸⁴ y por analogía⁸⁵.

Ante he expuesto lo que considero paradigma del operador jurídico, los que también los he individualizado, y cabría preguntarse además *¿pueden los operadores jurídicos cumplir con sus estándares o paradigmas éticos?*

La interrogante anterior, en mi opinión, debe resolverse afirmativamente. Los operadores jurídicos sí pueden cumplir con sus paradigmas éticos, estos son libres de escoger los atributos y valores que cimientan sus argumentos, son formados bajo estándares que le propician el entendimiento de lo que “debe ser” y “de lo que no debe ser”, y por tanto, que el operador jurídico cumpla con su paradigma es una “posibilidad” entre muchas, como también es posible que no lo cumpla, o que lo cumpla tan sólo a medias.

⁸³ En el decreto ley No. 81, “sobre el ejercicio de la abogacía...” y en La Resolución No. 142/84 del MINJUS “Reglamento Sobre El Ejercicio de La Abogacía...” se establecen los fundamentos esenciales de la conducta de los abogados.

⁸⁴ Un razonamiento abductivo: es una proposición cuya premisa mayor es evidente, mientras que la menor es menos evidente o solo probable. Por lo tanto, la conclusión que se puede obtener tiene el mismo grado de probabilidad que la premisa menor. Véase: Manuel Atienza. Las Razones del Derecho, Edición Digital. México 2005. Pág. 17 y 18.

⁸⁵ Véase Manuel Atienza. Las Razones del Derecho, Edición Digital. México 2005. Págs. 23 y siguientes. Y además, Gorski, Tavants y otros. Lógica. Ediciones Pedagógicas. Cuba. Pág. 232 y siguientes.

“La verdad” de igual forma, es un camino entre muchos, es “éticamente” una “variante posible” de asumir por los operadores jurídicos al argumentar sus casos, como también es un camino o variante posible, que estos tomen como soporte argumentativo no a la verdad, sino a tendencias morales, políticas o emotivas. Opino en definitiva, que la verdad no puede soslayarse así de manera absoluta, su uso es viable, por tanto, su utilidad práctica, como cimiento material y ético, es una alternativa efectivamente permisible.

Otra cosa es evaluar en qué medida le interesa la verdad a los operadores jurídicos. Precisión que es imposible responder de forma absoluta, por el modo “aleatorio”⁸⁶ en que se comportan los operadores al argumentar y solucionar sus casos. En tal sentido, la verdad como fundamento material y ético entra en el impreciso universo de las probabilidades⁸⁷, siendo por consiguiente, una más entre otras posibles variantes indeterminadas.

Los operadores jurídicos por su parte, como la gran mayoría de los individuos, se desenvuelven en medios familiares, sociales, políticos, etc., que los forman y que le aportan un incalculable cúmulo de valores y principios éticos, que se asumen de manera libre e individual y que en definitiva condicionan su comportamiento.

Luego, no se puede sistematizar el proceder de los operadores en cuanto al uso del cimiento ético en que se apoyan para argumentar un caso concreto o sus casos de manera general. Pues estos soportes se usan de modo aleatorio, y dependen de algunos factores, tales como: los valores y principios en que se haya formado el operador jurídico y que haya incorporado a su rol de vida, y por otro lado, a la estrategia ética que este de forma individual asume caso a caso. Ello a mi juicio “caracteriza un comportamiento del derecho en su arista argumentativa”⁸⁸.

O sea, que los operadores jurídicos en la práctica son libres de escoger el cimiento o estándar ético que entiendan al resolver sus asuntos. Acontecimiento que es impredecible pues se materializa caso a caso. Luego, no es posible generalizar un paradigma que invariablemente utilicen como sustento, pues los identifica un actuar heterogéneo que no es medible, ni palpable a simple vista, en tanto que además,

⁸⁶ En Cristina López Calleja-Lorenzen. Introducción a La Teoría de Las Probabilidades. Edición Científico Técnica. Cuba. Pág. 12, se define a un fenómeno aleatorio a aquel que en su estudio es imposible conocer en principio, la multiplicidad infinita de sus relaciones con el mundo circundante, por lo cual las leyes o regularidades que se establecen de la observación del fenómeno sólo reflejan conexiones fundamentales inherentes al mismo. En virtud de esto, las leyes se cumplen de manera aproximada, con ciertas desviaciones originadas por una infinidad de vínculos casuales en el fenómeno dado.

⁸⁷ Véase concepto de Probabilidades en Cristina López Calleja-Lorenzen. Introducción a La Teoría de Las Probabilidades. Edición Científico Técnica. Cuba. Pág. 33.

⁸⁸ Manuel Atienza, expone en el libro Jurisdicción y Argumentación en El Estado Constitucional de Derecho, su visión del derecho como argumentación. Siguiendo esta línea estimo que los elementos expresados constituyen aspectos intrínsecos del derecho en su perfil argumentativo.

dicho cimiento no se explicita, sino que se oculta y se mezcla de forma intrínseca con los argumentos del caso.

Por ello, este modo “aleatorio o heterogéneo” en que los operadores jurídicos cimientan éticamente sus casos, identifica un fenómeno que los caracteriza y que en definitiva determina un aspecto objetivo del derecho como evento argumentativo⁸⁹.

Reflexionar sobre la justicia como categoría práctica es como entrar a un laberinto, sus posibles abstracciones y polémicas son de las dimensiones y aristas más diversas. Me atrevería a asegurar, que esta es la expresión que más se invoca por los juristas y una de las temáticas que más ha seducido a bisoños y experimentados de las ciencias sociales, de los cuales ha dejado a muchos sin respuesta.

Pretender definir que es “la justicia” es saberse dentro de un hostil camino espinoso del cual es casi imposible no salir lastimado. Kelsen, quien le dedicó parte de su tiempo, concluyó con suma modestia, declarándose incapaz de conseguirla de modo absoluto. Asumiendo una postura personal y relativista al concretarla como *“aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”*⁹⁰.

Kelsen introduce en el análisis de la justicia lo que denomina “jerarquización de valores⁹¹”, para ubicarla como un fenómeno relativo que siempre dependerá en la praxis humana del “valor” que en cada caso se asume como superior. De ahí que la justicia se manifiesta cuando hay intereses en conflicto y se precisa optar por una de las variantes en discordia. Elementos reflexivos que concuerdan con las ideas que pretendo abordar, pues en el ejercicio profesional de los operadores jurídicos se manifiestan conflictos de intereses y ello perfila una de las principales encrucijadas de la justicia.

Pretendo presentar una visión de la justicia en su dimensión contenciosa, realizando apreciaciones para conseguir su acercamiento, así como, observaciones en cuanto al modo de comportamiento de los operadores jurídicos al argumentar sus casos. Utilizando para dicho empeño, la confrontación del paradigma ético de los operadores jurídicos, con los diversos cimientos en que estos pueden sustentarse.

Defiendo la idea de que el acercamiento a la justicia en el plano contencioso solo es posible si los operadores jurídicos siguen estrictamente el camino de su paradigma. Es decir, el juez será justo solo si al asumir la solución de cada caso que se le someta a su arbitrio, toma como sostén ético a la búsqueda de la verdad, al evaluar y razonar las pruebas llevadas al proceso, unido a sus conocimientos generales y jurídicos vinculados al caso. Siempre despojado de vicios e influjos que afecten el mayor acercamiento a la verdad y a su correspondiente relevancia jurídica.

⁸⁹ Si fuéramos a ilustrar en una gráfica el comportamiento individual de los operadores jurídicos, en cuanto a la base ética que en un período determinado asumen caso a caso, no visualizaríamos una línea recta, sino, una trayectoria azarosa y desordenada.

⁹⁰ Hans Kelsen. ¿Qué es la Justicia?. Edición Digital. Pág. 15, último párrafo.

⁹¹ Hans Kelsen. ¿Qué es la Justicia?. Edición Digital. Pág. 3, último párrafo.

En el caso de los fiscales, de igual forma, serán justos si cumplen con sus paradigmas, si se apoyan en la búsqueda de la verdad como principal fundamento. Los fiscales, no son representantes de una parte cualquiera, representan a la sociedad y al Estado, y por tanto, no deben defender a ultranza oposiciones banales, por el simple hecho de sostener una burda porfía de parte.

En el caso de los abogados, será justo, el que defienda a su patrocinado sosteniendo la teoría del caso que más le favorezca, aunque se aparte de la verdad que el mismo internamente reconozca, no obstante, nunca debe auxiliarse en pruebas viciadas, ni en subterfugios para conseguir el éxito. Y claro está, si el material probatorio inclina la balanza en favor de su representado este puede apoyarse en la verdad como su principal soporte, aquí defendería una tesis con plena convicción; como si fuera un juez sosteniendo sus argumentos.

Tampoco son despreciables las influencias morales o personales, o sea, aquellas que derivan de las características particulares del sujeto del pleito, y que determinan su simpatía o antipatía. Estos son males propios de la imperfección de la naturaleza humana, los que habitan en el operador y los que este debe deslindar para no caer en la parcialidad; dependiendo de igual forma en la neutral capacidad que posea para asumir o despojarse de estos vicios o demonios internos⁹².

Ahora bien, existen dos escenarios en los que se posiciona la justicia contenciosa y para los que se precisa fijar valores éticos por excelencia. El primero, es el hecho que se somete a contradicción, en tal circunstancia no existe un valor que supere el de “la verdad”, pretenderla, ha de ser para los jueces mucho más que una simple opción, a de ser su meta más elevada y altruista. El segundo escenario es el de conceder la relevancia jurídica a dichos hechos, situación a mi juicio, mucho más subjetiva y difícil que la anterior, pues aquí se utilizan referentes técnicos para subsumir o dar relieve jurídico al asunto, siendo estos referentes el derecho positivo y demás fuentes⁹³ de posible aplicación. En tal situación considero que lo primordial es “considerar, connotar y dar relevancia estrictamente a los bienes jurídicos en pugna y a la conducta material y psicológica de los sujetos en pleito”.

Entonces *¿les interesará a los operadores jurídicos y especialmente a los jueces la justicia?* Estamos ante una interrogante cuya respuesta es indeterminada y que se matiza de manera semejante a los argumentos antes expuestos para evaluar el interés de los operadores jurídicos por la verdad. Es por tanto esta interrogante propia de los “fenómenos aleatorios” estudiados por las probabilidades. En tanto, que

⁹² Pretendo realizar observaciones del día a día de los jueces y de los principales influjos subjetivos a los que se enfrenta. Por ello, no abordo el tema de las decisiones viciadas por corrupción, pues estas ya no obedecen a una postura subjetiva hacia un caso; sino, a intereses que se soportan en una malsana objetividad.

⁹³ Estimo, que al resolver el juez ha de valerse no solo estrictamente de las leyes y demás normas jurídicas, sino que en función de los hechos y la complejidad del asunto, puede apoyarse además en los principios del derecho, la costumbre y la doctrina. Algo, que aunque se niegue, se utiliza frecuentemente.

depende de un conjunto de situaciones imprecisas imposibles de determinar *a priori* y que se materializan caso a caso. De modo, que esta interrogante sólo se puede responder de forma condicional y probable, pues en dependencia de la capacidad, experiencia y humanismo del operador jurídico, unido al valor ético que este le consienta a su paradigma para argumentar o resolver cada caso, dependerá su acercamiento e interés por la justicia.

Entretanto, para representar o graficar el modo en que los operadores jurídicos, argumentan y se pronuncian en función de la justicia, igual que con la búsqueda de la verdad, debe trazarse una trayectoria aleatoria e imprecisa, con contornos indefinidos, que identifica un fenómeno o aspecto conductual, que también “se corresponde con una faceta del derecho en su proyección argumentativa”.

Negar la verdad como posible referente argumentativo, me recuerda a la tesis Nietzscheana⁹⁴ de la reducción de la verdad a una hueste en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos, (...) adornados poética y retóricamente... A muchos no les interesa la verdad, eso es casi categórico, otros podrán tomarla en cuenta unas veces sí y otras no, eso es también muy probable; pero asegurar que a todos los operadores jurídicos no les importa la verdad, eso tampoco es medible.

El interés por la verdad no se puede anular, obedece a una necesidad innata que se desencadena con la intriga y la curiosidad hacia lo desconocido. Por ello es que también existe la justicia, porque esta necesidad indestructible se le aviene como vínculo indispensable, gracias a lo cual muchos persisten en acercarse a ella, sobre todo porque se han convencido de que la verdad es el ideal y más claro camino hacia la justicia.

La justicia, en conclusión, no se forma exclusivamente a partir de un grupo de formalidades y rituales esquemáticos. La justicia es cosmovisión, tiene vida propia y subsiste porque a pesar de todo siempre hay una verdad. La justicia podrá pasar ignorada e inadvertida, como tantas cosas reales y desconocidas de nuestro mundo, no obstante, existen, aún cuando muchos ni la vean, ni la entiendan, ni la puedan realizar.

Bibliografía

Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho*, Edición Digital. México 2005.

Balaguer Callejón, Francisco. *Las Fuentes del Derecho, Espacios Constitucionales y Ordenamientos Jurídicos*.

Bobbio, Norberto. *Derecho y Lógica*. Edición digital.

Casal H, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2000.

⁹⁴ Nietzsche, Federico. *Sobre verdad y mentira en el sentido extramoral*. Edición Digital. Tecnos, Madrid. Pág. 8.

Colectivo de Autores. Habilidades Comunicativas del Defensor. Edición digital. Colombia.

Colectivo de Autores. Derecho Penal Especial. Editorial Félix Varela. La Habana. 2003.

Fernández Del Valle, Agustín Basave. Filosofía del Derecho.

Foucault, Michel La verdad y las formas jurídicas. Edición digital.

Gorski, Tavants y otros. Lógica. Ediciones Pedagógicas. Cuba.

Kelsen, Hans ¿Qué es La Justicia? Edición Digital.

López Calleja, Cristina -Lorenzen. Introducción a La Teoría de Las Probabilidades. Edición Científico Técnica. Cuba.

Manuel y Ferrajoli, Luigi. Jurisdicción y Argumentación en El Estado Constitucional de Derecho. Edición digital. UNAM. México.

Nietzsche, Federico. Sobre verdad y mentira en el sentido extramoral. Edición Digital. Tecnos, Madrid.

Perelman, Chaim. De La Justicia. Edición digital. UNAM. México. 1964.

Legislación

-Constitución de La República de Cuba. 2002

-Ley No. 82, “De Los Tribunales”.

-Ley No. 83, “De La Fiscalía General de La República”.

-Decreto ley No. 81, “sobre el ejercicio de la abogacía...”

-Resolución No. 142/84 del MINJUS “Reglamento Sobre El Ejercicio de La Abogacía...”

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO NORMATIVO CUBANO: TRASCENDENCIA Y APLICABILIDAD.

LIC. YORDANIS ÁLVAREZ ALZAR

Ignorantia juris non excusat o ignorantia legis neminem excusat: el desconocimiento o la ignorancia de ley no exime de su cumplimiento; principios jurídicos como este, tan antiguo que se remonta a tiempos del *Imperio Romano* a menudo son enunciados o enarbolados desde la perspectiva de la necesidad del celoso cumplimiento de la legalidad, aunque en muy pocas ocasiones es considerado desde la visión de la obligatoriedad que tienen las normas y disposiciones jurídicas, o sea la ley en su sentido material⁹⁵, de ser publicadas con el justo fin de que sean conocidas por todas y por todos, a través de medios idóneos que permitan su divulgación y difusión.

El sistema de publicidad conlleva la puesta en vigor de la ley a través de medios oficiales (diario oficial, boletín oficial, gaceta oficial, registro oficial o periódico oficial), permitiendo así que éstas sean conocidas por sus destinatarios como garantía y seguridad en pos de su cumplimiento; lo que justifica la habilitación de registros para las inscripciones de los actos jurídicos, normativos o no, que se encuentren vigentes.

A lo largo de la “civilización humana” hasta nuestros días, variadas han sido las formas en que la clase dominante ha dado a conocer a sus súbditos o administrados el contenido y alcance de las leyes que han aprobado: desde la inscripción en piedra o madera de normas bien definidas, la utilización del papiro, el pergamino o el palimpsesto y su lectura o exhibición en villas, poblados y aldeas, pasando por la revolucionaria invención del papel como soporte ideal para grandes y voluminosos textos legales, en cuyo caso jugó un rol fundamental la imprenta como medios de reproducción, hasta llegar a la era digital que permite en segundos dar a conocer el contenido de disímiles documentos.

No obstante, no siempre se considera la importancia que reviste la publicación normativa, como garantía de su divulgación y acatamiento además de medio esencial para evaluar la transparencia de la actuación estatal en función de su gestión y administración.

Aunque parezca increíble en la actualidad todavía se pretende hacer cumplir determinadas reglas o disposiciones que no son conocidas más que por aquellas autoridades que las emitieron, incumpléndose con el principio jurídico de publicidad normativa, y hasta llegándose a invocar sus preceptos en contra de los administrados ante instancias administrativas y judiciales que en lugar de obviarlos los hacen formar parte de sus pronunciamientos y decisiones.

⁹⁵ Cuando se haga referencia a la ley se hará en su sentido material como toda norma general y obligatoria, emanada de autoridad competente.

Cuba no escapa de tales aseveraciones, aun cuando constitucionalmente está refrendada la obligatoriedad de la publicación de la ley y demás disposiciones jurídicas emitidas por los órganos nacionales del Estado; siéndole omiso en cuanto a la necesidad de la publicación de las normas, actos y disposiciones jurídicas emitidos por los órganos locales del poder popular que cotidianamente adoptan decisiones con gran impacto en la población y son subestimados en cuanto a su alcance y trascendencia.

Esta realidad, evaluada como problemática de interés, es inspiración certera de éste artículo, pretendiéndose explicar *¿cómo se manifiesta la protección constitucional del principio de publicidad jurídica del proceso normativo cubano, en cada una de las esferas de la función estatal?*, en aras de lo cual se pretende demostrar que de la manera que está concebido, desde el magno texto, el principio de publicidad jurídica de las normas en Cuba no es abarcador por cuanto deja fuera de su alcance la obligatoriedad de la publicación de los actos y disposiciones de interés general emitidas por los órganos locales del poder popular y sus direcciones administrativas, con un impacto notable en la dinámica social de provincias y municipios, cuyo objetivo es *profundizar en la protección que ofrece la Constitución de la República de Cuba al principio de publicidad jurídica en cada una de las esferas de la función estatal.*

Con mucha dedicación se ha fundamentado cada una de las ideas esbozadas, estructurándolas en tres temáticas fundamentales: *el principio de publicidad jurídica de las normas y disposiciones legales; la protección del principio de publicidad jurídica en el ordenamiento jurídico cubano; y la publicidad de las disposiciones jurídicas emitidas en el marco del funcionamiento de las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular, los Consejos de la Administración y sus direcciones administrativas.*

La vida práctica, tan rica y dinámica, rebasa con gran amplitud cualquier esbozo que se quiera hacer de ella mediante alguna obra escrita, pero nadie duda que un trabajo, sea de la naturaleza que sea, bien ideado y diseñado, estéticamente confeccionado, con elementos de raciocinio irrefutables, analizado dialécticamente sobre bases científicas, objetivo, evaluando puntos claves de nuestra realidad histórica concreta y, lo más importante, elaborado con el ánimo de aportar o de transformar la realidad, es siempre bien recibido, toma trascendencia, y si es presentado y discutido en el momento preciso, en el lugar ideal, puede ser la “piedra angular” para el cambio de consciencia, y la eliminación de un problema permanente con trascendencia legislativa o normativa.

Toda persona tiene el derecho de buscar, recibir y difundir información en poder del gobierno, lo que es denominado en términos constitucionales *derecho de acceso a la información*. La Organización de Naciones Unidas, desde sus inicios ha afirmado que *“la libertad de información es un derecho fundamental y... la piedra angular de todas las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas”*⁹⁶. Es un derecho

⁹⁶ El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10-12-1948) consagra que *todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye, entre otros aspectos, el de investigar y recibir informaciones y opiniones.*

esencial que sirve para garantizar el cumplimiento de otros derechos esenciales del ser humano.

Algunos autores señalan que las deficiencias en el acceso a la información pueden impactar en la evaluación que hagan los ciudadanos sobre la labor de sus gobernantes⁹⁷.

Hoy en día, a pesar de que el derecho a la información es uno de los más difundidos por el mundo, no es reconocido aún en la totalidad de los textos constitucionales, incluido el nuestro, ni se dictan leyes de acceso a la información como garantía de implementación y ejecución de este derecho tan indispensable en las sociedades modernas.

La información hoy adquiere un carácter vital cuyo tratamiento como derecho fundamental de la persona es pura necesidad por razón de su propia naturaleza, debiéndose reconocer y respetar a todos los efectos legales en cualquier Estado de Derechos. Obstaculizar o negar al ciudadano el acceso a las fuentes de información supondría limitar su propia esencia personal y atentaría contra la credibilidad de las instituciones que cerraran estos canales del saber.

*Tal derecho es la proyección de la dignidad que el hombre puede potenciar mediante diversidad de conexiones, definiéndose a modo de libertad concreta imprescindible. Se trata de “formas de libertad”, no sólo en cuanto a vigencias culturales, sino también en cuanto a valoraciones insertas en el seno de las instituciones jurídicas.*⁹⁸

El acceso a la información pública es un derecho humano esencial del mismo modo que la transparencia de la gestión pública debe ser considerada como un derecho propio del pueblo.

El principio de publicidad jurídica de los actos normativos encaja perfectamente en una de las maneras o vías en que se debe validar este derecho de acceso a la información, y más que una simple necesidad de curiosidad o materialización de la obtención de fuentes de conocimiento, es en lo que se refiere a la publicación, un requisito *sine qua non* para la entrada en vigor de las leyes; siendo una garantía de la libertad individual desbordada de notoriedad y de certeza.

Su objetivo fundamental es el de reproducir de manera fidedigna la redacción de leyes previamente aprobadas y promulgadas por los órganos o autoridades competentes; que deviene en condición indispensable para que las mismas puedan desplegar su eficacia jurídica.

⁹⁷ Maravall, José María (2003). *El control de los políticos*. Madrid: Taurus. pp. 263.

⁹⁸ Sacristán Romero, Francisco. “*El efecto de la publicidad en la norma*”. Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid. 2006, pág. 79.

Leyes o disposiciones jurídicas normativas que al tener un carácter general, por la amplitud y alcance de su aplicación, y al ser establecidas por órganos y autoridades estatales, su publicación también debe tener carácter estatal, y por ende oficial.

La ley se dirige a los ciudadanos sometidos a su vigencia, a los cuales impone o prohíbe conductas con las consecuencias de que ello se deriva; y a los órganos, o autoridades estatales en tanto ciudadanos también, son obligados además a aplicar su contenido y a velar por su observancia.

La publicidad jurídica de los actos de gobierno, en sentido amplio, es uno de los principios básicos de un Estado de Derecho, y su carácter eminentemente democrático da la posibilidad de que los ciudadanos y el resto de las instituciones conozcan la gestión de los sus representantes en el poder, en pos del bien común y como medio del ejercicio del control ciudadano.

La publicación oficial por el Estado de las disposiciones normativas es soporte esencial para que todos sus destinatarios la conozcan, y por ende se abstengan de alegar la ignorancia de aquellas para excusarse de cumplirlas. Creando así las condiciones de seguridad jurídica que necesitan las disposiciones jurídicas normativas para lograr el fundamento de su aplicación y la obligatoriedad de su observancia por sus destinatarios; donde la publicidad cierra el ciclo del proceso que debe acompañar el nacimiento de una disposición jurídica normativa para iniciar el periodo de su vigencia y entrada en vigor.

Una vez que las normas o actos administrativos han sido aprobados o sancionados por los respectivos órganos del Estado o autoridades competentes, deben ser promulgados y publicados para que tengan efectos jurídicos, y por tanto sean acatados y reconocidos como parte del ordenamiento jurídico del Estado. Esto con base en el principio de que la ley debe ser conocida por el público para que sea legítima.

Entendiéndose que mientras la promulgación es un acto formal y solemne, realizado por la autoridad estatal facultada a través del cual se atestigua la existencia de una ley u otra norma jurídica, a la vez que ordena hacer cumplir dicha promulgación, dándole a la misma fuerza ejecutiva y carácter imperativo; la publicación es el acto consistente en dar conocimiento público del contenido de la ley, u otra norma jurídica, a la ciudadanía.

También el acto administrativo como precisa manifestación de la voluntad de un órgano o autoridad estatal dirigida hacia los administrados, con el objetivo de satisfacer los intereses colectivos o interés público, y como formalización de la voluntad administrativa debe ser dictado de conformidad con el principio de legalidad en conformidad con los postulados constitucionales, legales y reglamentarios vigentes; en tal sentido y como actuación administrativa para el cumplimiento de los fines propuestos requiere de algunos requisitos legales, sin los cuales no tendrían eficacia y validez.

Es así que el acto administrativo cuenta con unos requisitos tanto de eficacia como de validez para que pueda producir efectos legales y sean cumplidos por los administrados; la validez contempla la declaración positiva de la administración de un

hecho jurídico y su relevancia en el ámbito de lo jurídico, lo que constituye un paso hacia su eficacia, ya que el acto administrativo, una vez emitido, es válido y por lo tanto nace a la vida jurídica, considerando el principio de *presunción de legalidad de todo acto administrativo*, mientras no haya sido anulado por la jurisdicción competente.

O sea el acto administrativo posee como elementos esenciales los de existencia (órgano o autoridad y contenido), validez (voluntad y formalidades) o el procedimiento y la eficacia o inoponibilidad (formas y vías para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos).

La falta de publicación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto, pero para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en este, se erige en presupuesto de validez; siendo obligatorio para las entidades y órganos facultados, la publicación de sus actos administrativos de contenido general constituyéndose en requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros. La obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos facultados, frente a los particulares, ya no puede predicarse de la publicación en medios alternativos de comunicación pues solamente se produce cuando se practica la publicación en el Diario o sitio Oficial. Es decir, la eficacia u oponibilidad de esos actos tan solo surge cuando la publicación ha sido realizada en el diario o sitio oficial, de modo que aunque la publicación se surta en los medios alternativos aludidos, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida⁹⁹.

Es así que los actos administrativos de interés o carácter general deben ser publicados para que adquieran su carácter obligatorio, de lo contrario no tienen trascendencia en el mundo del derecho y por ende no tienen sustento ni razón de ser.

Esta es la vía para “notificar” los actos administrativos de carácter general, por muy atemperados que sean respecto a su constitucionalidad y legalidad, no obliga ni al Estado ni a los ciudadanos, ni tiene efectos jurídicos mientras no se produzca la formalidad de su publicación en el gaceta, diario o boletín oficial, de amplia circulación que sea destinado para estos fines.

Más allá del aspecto puramente formal el principio de publicidad jurídica de las normas y disposiciones jurídicas (leyes en sentido material) abarca un aspecto sustancial de gran repercusión, digno de ser observado por cada Estado en su función reguladora, pues la publicidad normativa es un *valor universalmente aceptado para el buen funcionamiento de la sociedad humana y además lo es la aspiración a mejorar la eficacia de la publicidad conforme al grado de desarrollo*¹⁰⁰ de cada sociedad.

⁹⁹ (Sentencia) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación número: 11001-03-28-000-2011-00059-00. Colombia, Bogotá D.C., 29 de mayo del 2014.

¹⁰⁰ Jerez Delgado, Carmen. (2006) “*Publicidad de las normas y técnica legislativa*”. Universidad Autónoma de Madrid. pp768.

La publicidad jurídica de las leyes es imprescindible pues para que las mismas obliguen es ineludible que se exteriorice a aquellos ciudadanos a quienes va dirigida, cosa distinta no podría ser; requisito esencial para adquirir su vigencia, de modo que la sanción o sustento en base a una norma no publicada equivale a una fundamentación en base a una norma no vigente, y por lo tanto inexistente en el mundo del derecho.

Razón tenían los romanos con uno de los apotegmas más conocidos en la historia de su Imperio: *lex no obligat nisi promulgata...*

En Cuba es obligatorio que las leyes, decretos-leyes, decretos y resoluciones, reglamentos y demás disposiciones generales de los órganos nacionales del Estado, sean publicadas en la Gaceta Oficial de la República, de acuerdo a los postulados del artículo 77, segundo párrafo, de la Constitución de la República, lo que fue reglamentado en el Decreto 62 “*Normas para la publicación en Gaceta Oficial*” de fecha 30 de enero de 1980, que en su APARTADO PRIMERO prevé que *las disposiciones de carácter general que dictan los organismos de la administración central del estado se publican en la Gaceta Oficial de la República*; norma jurídica que explica que se entiende que una disposición adquieren carácter general cuando debe ser cumplida fuera de los marcos del organismo donde se dicta, por otros órganos u organismos estatales o las empresas o dependencias de estos o interesa a las organizaciones sociales y de masas o a la población; todo ello como requisito esencial para que la misma adquiriera vigencia y pueda cumplirse.

Lamentablemente ni el cuerpo constitucional ni el decreto mencionado hacen alusión alguna a las disposiciones jurídicas que emiten los órganos e instituciones que no tienen carácter nacional, a pesar de que su conocimiento también es esencial a los efectos de su vigencia en cada marco territorial (provincias y municipios).

La Gaceta Oficial de la República de Cuba tiene sus orígenes en la Gaceta de Madrid, dada las condiciones de provincia ultramar que tenía la Isla, y por ende se hacía en Cuba la legislación promulgada por la Corona. El primer ejemplar del que se tiene información data del 24 de octubre de 1790. Durante la época colonial la *Gaceta*, con diversas denominaciones, entre las que se encuentran Aviso de la Habana, Diario de la Habana y Gaceta de la Habana, era publicada en periódicos del gobierno, con una periodicidad al inicio trimestral y posteriormente diaria¹⁰¹.

No siempre esta colección ha tenido la misma denominación aunque se identifique con una misma colección, por ende se puede precisar a través de su historia el devenir de la publicidad normativa en Cuba. Por tal motivo la historia de la publicidad normativa en Cuba hay que estudiarla en dos dimensiones; los vínculos que tuvo con la Gaceta de Madrid dado el estatus de la isla, y la publicidad que se genera Cuba a partir del desarrollo de nuestra imprenta.

Hoy es el órgano oficial de publicidad normativa, constitucionalmente reconocido. El Ministerio de Justicia es el responsable de su publicación y es el custodio de su archivo central.

¹⁰¹ Enciclopedia colaborativa en la red cubana EcuRed. 2016. <http://www.ecured.cu>

No obstante de los postulados clarísimos previstos en el magno texto, todavía hay Organismos de la Administración Central del Estado que ignoran sus obligaciones en cuanto a la publicación de sus disposiciones de carácter general y han enrarecido la dinámica jurídica de la sociedad emitiendo resoluciones e instrucciones ministeriales sin publicarlas en la Gaceta Oficial, y obligan a los ciudadanos y el resto de las instituciones, a través de sus funcionarios y agentes, a acatarlas sin miramiento cuando en la práctica y en la doctrina carecen de vigencia.

No son pocos los organismos que incurren en estos errores, por una parte están los que emiten disposiciones jurídicas que a pesar de ser de general conocimiento y contar con mandato de publicidad obvian los pasos previstos por el Decreto 62 de 1980, y existen otros que ni siquiera se pronuncian en cuanto a la publicidad de sus decisiones.

Sobresalen sobre todas las cosas los pronunciamientos en materia de creación de nuevas entidades, aspectos que no son publicados ni informados a la ciudadanía, u otros tan necesarios como el de los precios o tarifas oficiales, sobre todo las que tienen carácter minorista, siendo el Ministerio de Finanzas y Precios el principal responsable.

En una ocasión, en el verano del año 2012, como Jefe del Departamento de Consultorías Jurídicas Estatales de la Dirección Provincial de Justicia de Las Tunas tuve preocupación respecto a la emisión de tarifas oficiales en materia de comercialización y acarreo de la leche, en el sector campesino y empresarial, pues la Ministra de Finanzas y Precios había emitido con anterioridad las resoluciones 152 de fecha 18 de junio del 2007, la P-89 de fecha 31 de julio del 2008, la 412 de fecha 9 de diciembre del 2011, la 61 de fecha 29 de febrero del 2012 (modificativa de la anterior), la 132 de fecha 17 de abril del 2012, y la 208 de fecha 11 de junio del 2012, y ninguna de ellas se había publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba en violación del artículo 77 de la Constitución y del Decreto 62 de 1980, ni siquiera contaban dentro de su contenido con mandato de publicidad de acuerdo a los requerimientos establecidos por el Ministerio de Justicia que a través de su Resolución 45 del 6 de marzo del 2002 establece la *“Metodología para la elaboración de resoluciones en la actividad de asesoramiento jurídico”*.

Irrespetar la Carta Magna, atentar contra la misma, dictar normas contrarias a sus principios es inequidad, anarquía, desequilibrio e inestabilidad con consecuencias nefastas para las naciones, e incluso para aquellos que, ex profeso o no, propician actos de este tipo, pues como efecto bumerán no dejan de ser alcanzados.

Las constituciones no hay que sacralizarlas ni satanizarlas _ como me diría el profesor Diego Fernando Cañizares Abeledo en una ocasión_ sino valorarlas en la situación histórico y social que debe corresponderle conforme a la naturaleza del Estado y fines de la clase cuyo poder representa, siendo siempre como un producto y no como fuente productor de condiciones económicas, políticas y sociales determinadas y como disposiciones superior general del orden jurídico con vigencia temporal.

Es de ahí de donde parte la idea de que nuestra Constitución _ como hija predilecta_ es producto de la Revolución por lo que ir en contra de sus principios y normas, más allá de cualquier consideración jurídica sería como atentar directamente contra este proceso que está al arribar a sus seis décadas. Defender la Constitución es defender a la Revolución desde una visión de Derecho, pues ambas son la misma cosa: una como concepto superior y la otra como su expresión jurídica configurada en la sociedad cubana, que dotan de seguridad y garantía las conquistas alcanzadas en tantos años de lucha.

La constitucionalización del Estado y del orden jurídico implica que el texto es supremo y obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella, y los gobernados son, precisamente, el pueblo soberano que al sancionar la Constitución se autolimita y se somete a su propia norma.

La Constitución Socialista de 1976 es notoria y fehacientemente clara al consignar en su artículo 66 que *“el cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos”*, obligando de este modo al “aparato estatal” en su artículo 10 al establecer que *todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad.*

Es por ello que en aras de dotar de legitimidad cada uno de los pasos que se dan hacia el perfeccionamiento y actualización del modelo económico cubano se hace necesario respetar y cumplir con estos postulados, lo contrario sería como arar en el mar. El quid de la cuestión no es dejar de hacer, sino hacerlo todo de la mejor manera posible, o sea hacerlo bien.

La no aplicación del principio constitucional de publicidad normativa a cada uno de los pronunciamientos de los órganos locales del poder popular en Cuba, de por sí, constituye una debilidad institucional; sería a su vez un grave error en este sentido que fuera desoído por parte de aquellos órganos nacionales que están obligados a cumplimentarlo sin otras interpretaciones que las previstas en ley. Irrespetar la Carta Magna, atentar contra la misma, dictar normas contrarias a sus principios es inequidad, anarquía, desequilibrio e inestabilidad con consecuencias nefastas para las naciones, e incluso para aquellos que, ex profeso o no, propician actos de este tipo, pues como efecto bumerán no dejan de ser alcanzados.

Ya habíamos comentado con anterioridad que ni el artículo 77 de la Constitución de la República ni el Decreto 62 de 1980, ya mencionado, hacen alusión alguna a las disposiciones jurídicas que emiten los órganos e instituciones que no tienen carácter nacional, a pesar de que su conocimiento también es esencial a los efectos de su vigencia en cada marco territorial (provincias y municipios).

Esta falencia fue resuelta, en parte, al consignarse en el Acuerdo del Consejo de Estado de fecha 13 de septiembre de 1995 *“Reglamento de las Asambleas Provinciales del Poder Popular”* que estipula en su artículo 9 que *entre las atribuciones del Presidente de la Asamblea Provincial del Poder Popular se*

encuentra la de disponer la publicación de los acuerdos adoptados por la Asamblea y controlar su ejecución; determinando en su artículo 51 que el presidente de la Asamblea Provincial dispone la publicación de los acuerdos de interés general adoptados por la Asamblea, en los órganos locales de divulgación o en otros materiales impresos, los que son firmados por el presidente y el secretario.

Llamar la atención hacia el interesante hecho de que si bien la divulgación permite dar a conocer el contenido de algo a mucha gente, esta acción solamente tiene efectos propagandísticos y de información y carece de efectos jurídicos como los encontrados en la publicación que brinda garantía y seguridad jurídicas respecto a las disposiciones o normas adoptadas, dotándolas de certeza, confiabilidad, transparencia, reconocimiento y legitimidad.

En cada provincia se constituye la Asamblea Provincial de Poder Popular como órgano superior local del poder estatal, investida de la más alta autoridad para el ejercicio de las funciones estatales en su demarcación y para ello, dentro del marco de su competencia, y ajustándose a la ley, ejerce gobierno; cumplen funciones normativas en el ámbito de sus límites territoriales, siendo sus acuerdos y las disposiciones que adoptan de obligatorio cumplimiento para los sujetos a que se refieren en todo el territorio provincial, de la misma manera que lo son las disposiciones que emiten el Consejo de la Administración Provincial del Poder Popular, el (la) Presidente de ambas instituciones como autoridad unipersonal en el ámbito de su competencia así como los Jefes de las Direcciones Administrativas que actúan en el ejercicio de las facultades atribuidas en el artículo 56, apartado 4 del Acuerdo número 6176 del Consejo de Ministros de la República de Cuba, *“REGLAMENTO DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES DEL PODER POPULAR”* de fecha 13 de noviembre del 2007, respecto a *dictar en el límite de sus facultades y competencia disposiciones de obligatorio cumplimiento para la entidad y, en su caso, para las demás entidades radicadas en el territorio, siempre que no contravengan lo establecido en disposiciones de superior jerarquía.*

Es así que se torna imprescindible que cada una de las disposiciones y normas jurídicas emitidas en el ámbito de sus competencias, en cada provincia, por las autoridades mencionadas, y otras que se puedan incluir, sean publicadas de manera oficial a través de medios concebidos para ello, impregnados de solemnidad y transparencia, siempre que sean de interés general, a los efectos de que sean conocidas, legitimadas y cumplidas por todos y cada uno de sus destinatarios, y con el propósito además de que se conozca y domine la fuente que las produce.

Lo ideal sería que se aprobase la circulación de un *BOLETÍN OFICIAL EN CADA PROVINCIA*, con reconocimiento constitucional, como órgano oficial de publicidad normativa de alcance territorial, sujeto a principios y normas debidamente reglamentados, y con el principal objetivo de publicar las disposiciones y normas jurídicas de interés general emitidas por las autoridades competentes a los efectos de su entrada en vigor y cumplimiento, tanto por las instituciones como por la ciudadanía en cada provincia.

Este instrumento de publicidad jurídica debería contar con un ente responsable de su publicación, y custodio de su archivo; además de la asignación de un pequeño

presupuesto suficiente para su funcionamiento así como su diseño, tanto en formato digital (*sitio web*) como en soporte plano, en pos de su adaptabilidad en esta era donde sobresale la utilización de las nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (NTIC).

Aun cuando no existe el precepto constitucional que ampara esta decisión, un pronunciamiento al respecto es perfectamente válido, en el orden territorial, y no invade la competencia de ningún órgano nacional ni local, pues se puede hacer en pleno ejercicio del Artículo 103 del texto constitucional que promulga que *las Asambleas del Poder Popular, constituidas en las demarcaciones político-administrativas en que se divide el territorio nacional, son los órganos superiores locales del poder del Estado, y, en consecuencia, están investidas de la más alta autoridad para el ejercicio de las funciones estatales en sus demarcaciones respectivas y para ello, dentro del marco de su competencia, y ajustándose a la ley, ejercen gobierno.*

La propuesta además de contar con un fuerte sustento doctrinal, desde el punto de vista técnico jurídico, que ya fue explicado, tiene basamentos legales que permiten su implementación y consolidación, lo que sería presupuesto indisoluble para elevar aún más la legitimidad y conocimiento de las decisiones adoptadas y exponer así la utilidad que la sociedad reporta de una buena administración, que reúne en sí los medios necesarios para dar fuerza al gobierno, proteger a los ciudadanos y fomentar los intereses generales del país.

Esta decisión además de los beneficios que aportaría en el orden jurídico, ya explicados, permitiría que las autoridades encargadas u obligadas a publicar cada una de sus disposiciones y que sean de interés general trabajarían aún más para ganar en eficiencia en su gestión, actuar estrictamente y en correspondencia con sus funciones, facultades y atribuciones, lográndose dar un paso más en la búsqueda del equilibrio entre eficacia gubernamental y control ciudadano.

Todo ello sustentado en el principio de que a cada Gobierno o Administración le cabe informar puntualmente de sus decisiones, tanto por obligación de transparencia en el manejo de los asuntos públicos y fiscales, que permita el control ciudadano sobre sus decisiones, como para hacer explícita la complejidad inherente a los supuestos y consecuencias de las políticas gubernamentales y los asuntos de interés público.

Varios podrían ser los ejemplos al respecto, pero por sólo citar algunos, sería muy interesante que se publicaran, en este marco:

1. La conformación del presupuesto para cada ejercicio fiscal, debidamente desagregado.
2. La designación y nombramiento de autoridades públicas que asumen distintas responsabilidades y funciones.
3. El listado de las personas que cotidianamente son beneficiados con subsidios, y sin embargo no son del dominio público a pesar de las irregularidades que pueden suscitarse al respecto. Sería un gran aporte en materia de prevención.

4. Los precios y tarifas aprobados, en correspondencia con los niveles de competencia.
5. Las regulaciones urbanísticas de competencia de las autoridades locales.
6. Las decisiones adoptadas en materia higiénica sanitaria.
7. Las convocatorias para realizar las Asambleas del Poder Popular en las distintas demarcaciones.
8. Los premios y distinciones otorgados.
9. La creación de nuevas entidades.
10. Las declaraciones que deberán pronunciarse por la ocurrencia de acontecimientos que así lo ameriten.

Aprobar un BOLETÍN OFICIAL EN CADA PROVINCIA es una propuesta que se adapta a estos tiempos, y un paso de avance en pos de una buena administración y gestión de los distintos órganos locales del poder popular, contribuyendo de este modo con su mejor funcionamiento, con la transparencia de sus actos, permitiendo el control popular de cada uno de sus pronunciamientos, refuerza la legalidad, dejan de ser evaluados de manera peyorativa y realzan su prestigio y legitimidad ante todos los ciudadanos.

Es necesario que la ciudadanía y cada una de las instituciones que confluyen en nuestra sociedad conozcan de las disposiciones jurídicas o normativas de interés general emitidas no solo por los órganos nacionales del poder del Estado sino también por cada Asamblea del Poder Popular (provincial o local) y sus Consejos de Administración así como por aquellas autoridades que en cada dirección administrativas se deban pronunciar sobre asuntos de su competencia.

La falta de reconocimiento constitucional del principio de publicidad jurídica de las normas y disposiciones jurídicas, respecto a los órganos locales del poder popular no es un obstáculo para que en estos momentos cada Asamblea del Poder Popular, en pleno uso de sus atribuciones pueda disponer la creación de un Boletín Oficial en cada provincia que obligue a que cada una de las disposiciones emitidas, de interés general, sean publicadas de manera oficial.

La existencia de medios concebidos para ello, impregnados de solemnidad y transparencia, permitiría que cada acto o decisión fuesen conocidos, legitimados y cumplidos por sus destinatarios, lo que tendría un alcance eminentemente jurídico a los efectos de su vigencia y entrada en vigor, pues la simple divulgación sólo tendría propósitos informativos, sin las consecuencias que en el orden jurídico le correspondería.

Por todo ello la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular debería incluir dentro del proyecto de modificaciones de la Constitución de la República de Cuba cambios en la redacción del artículo 77 del texto constitucional, agregando un tercer párrafo que incluya la obligatoriedad de publicación en Boletín Oficial que circule independientemente en cada provincia, contentivo de las disposiciones jurídicas que emitan los órganos locales del poder

popular, sus direcciones administrativas y otras instituciones territoriales que no tienen carácter nacional, en materia de su competencia.

Bibliografía y legislación

- Acuerdo del Consejo de Estado de fecha 13 de septiembre de 1995 **“Reglamento de las Asambleas Provinciales del Poder Popular**
- Acuerdo número 6176 del Consejo de Ministros de la República de Cuba, **“REGLAMENTO DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES DEL PODER POPULAR”** de fecha 13 de noviembre del 2007
- Cañizares Abeledo, Dr. Diego Fernando. *"Elementos de técnica jurídica, para la elaboración de disposiciones jurídicas"*. Ministerio de Justicia. 2014.
- (Sentencia) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación número: 11001-03-28-000-2011-00059-00. Colombia, Bogotá D.C., 29 de mayo del 2014.
- Constitución de la República de Cuba, de fecha 24 de febrero de 1976Ogáyar y Ayllón, Tomás (1976) *“Las fuentes del Derecho en el novísimo Título preliminar del CC»*, en el Libro Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre, Volumen I. Madrid, pp. 605.
- Decreto 62 **“Normas para la publicación en Gaceta Oficial”** de fecha 30 de enero de 1980Peraza Chapeau, José. *Derecho Constitucional General y Comparado*. Universidad de La Habana. 1989.
- Pérez Ortiz, Romeo Edinson. (2013) *“Eficacia y validez del acto administrativo”*. Universidad Nacional de Colombia. Convenio Universidad del Atlántico. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Maestría en Derecho Profundización en Derecho Administrativo. Bogotá, D.C.
- Pinotti, Joaquín. (2011) *“La publicidad de los actos de gobierno en el ámbito legislativo”*. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año V, Número Especial.

NECESIDAD DE INDEPENDENCIA DEL PROCEDIMIENTO FAMILIAR DE LA JURISDICCIÓN CIVIL CUBANA. RESPALDO CONSTITUCIONAL.

ESP. GLORY YISEL VELÁZQUEZ DOMÍNGUEZ
LIC. YUSMILA SARAÍS MARTÍNEZ MATAMOROS

“La familia constituye la más antigua institución de la humanidad. Su existencia, a través del tiempo, ha resistido la natural evolución de la historia. Épocas y acontecimientos han pasado, y ella permanece. Hoy acusan viejos y nuevos problemas producidos por el avance incontenible del mundo. Ante esta realidad, los gobernantes, los políticos, las organizaciones y la sociedad en general, tienen la obligación de rescatar y fortalecer la institución familiar, a fin de asegurar la convivencia social y la consolidación del Estado¹⁰²”.

La afirmación referida por Carlos Alvarado¹⁰³, expresa la necesidad de que las disímiles normativas jurídicas y legislaciones en general, cada vez más se acerquen y sean reflejo de las diversas situaciones familiares en la sociedad actual. La Institución de la Familia ha tenido históricamente notable importancia y por tanto el ordenamiento jurídico cubano requiere de normas ajustadas a los avances económicos y sociales para resolver el conflicto familiar.

En tal sentido, a través de estas consideraciones teórico-legislativas se podrá visualizar la necesaria independencia del Derecho Procesal Familiar del Derecho Procesal Civil al realizar un análisis a estas ramas del Derecho. Por lo cual, estas argumentaciones, se apoyarán además en el estudio del Derecho Comparado sobre los aspectos más esenciales, en cada una de las legislaciones. En consonancia con ello, también se podrá percibir a través del examen de la práctica jurídica actual, acerca de cómo cada una de las categorías que se utilizan con fuerza de Ley; han repercutido con sus resultados positivos en aumento pero también como son susceptibles de perfeccionamiento en aras de lograr una justicia familiar adecuada en beneficio de toda la sociedad. A ello se une que resulta innegable la importancia de que dicha distinción se sustentara en estudios desde el punto de vista constitucional con el objetivo de contribuir a una mejor comprensión y análisis del tema para su puesta en práctica.

¹⁰²ALVARADO, C. 1996. Fragmentos del discurso especialmente dedicado al IX Congreso Mundial de Derecho de Familia de Panamá. Puerto Rico: Revista Puertorriqueña de Derecho. No. 35. p.10.

⁴ ALVARADO, C. Ibidem. p. 30

Es oportuno reiterar que la familia como organización universal, aún presente en formas sub humanas de vida, ha pasado por etapas evolutivas en su decursar histórico, ha sufrido cambios sustanciales y ha mutado en nuevas formas familiares, pero no se vislumbra su desaparición como unidad fundamental de la sociedad¹⁰⁴.

Es necesario por tal motivo, conocer su significado en la ciencia jurídica y sus funciones en la sociedad actual, que la hacen merecedora de un derecho garantista para su subsistencia.

En todos los tiempos los hombres de las ciencias sociales han encontrado dificultades para realizar estudios comparativos concretos de la familia, pues el término “familia” se aplica indistintamente a dos unidades sociales básicamente diferentes en su composición y en sus posibilidades funcionales. La palabra puede designar, o bien, un grupo íntimo y fuertemente organizado, compuesto por los cónyuges y los descendientes, o bien un grupo difuso y poco organizado de parientes consanguíneos. Puede designar así, organismos sociales más o menos extensos y de estructura interna diferente¹⁰⁵.

Esta definición puede entonces diferir según el momento histórico o según parta, más recientemente, de antropólogos, sociólogos, demógrafos, o psicólogos sociales. Sea cual fuere, es lo cierto, que en cuanto a la familia, existen al menos dos

¹⁰⁴MESA CASTILLO, O. (2000). XI Congreso internacional de Derecho de Familia. Colombia. Universidad Externado de Colombia. p.12.

⁶ ARSONS, T. (2005). Selección de lecturas de sociología y política social de la familia. La Habana: Félix Varela. p. 55. Señala que la familia “es un grupo de personas que establecen relaciones económicas y sociales surgidas de una unión sexual que cumplen funciones que involucran la satisfacción de las necesidades de protección, afecto y seguridad de cada uno de sus miembros; la socialización de los niños y jóvenes, la afirmación de la identidad cultural, social e individual y la generación y reproducción de la fuerza de trabajo y la unidad fundamental de la sociedad, cuya función es además compartir la vida y los intereses comunes de toda la sociedad”.

premisas básicas: ésta ha sufrido cambios en el devenir histórico y las relaciones materiales imperantes en la sociedad, influyen en el tipo de relaciones familiares.

Desde la óptica del Derecho responde a una valoración institucional, no necesariamente sociológica, socio demográfica o psico-sociológica. Se trata más bien de un concepto valor más o menos inalterable que establece un patrón o modelo abstracto y deontológico de lo que es o debe ser la familia, por regla, conservador, la concibe como la surgida del matrimonio civil o religioso (cuando más de la unión concubinaria) integrada por los cónyuges o compañeros, sus hijos y a lo sumo otros parientes y enmarcada en el espacio físico del hogar o casa de familia¹⁰⁶.

El modelo o paradigma jurídico de la familia, cuyos rasgos y principios se establecen en la Constitución, se desarrolla fundamentalmente en la legislación civil o de familia, al regular las clásicas instituciones del Derecho de Familia, especialmente el matrimonio y las relaciones paternas filiales entre ellas la Patria Potestad como esencia de las mismas, a la cual puede asimilarse la adopción.

Si desde el punto de vista jurídico parece por el momento irremediable partir de conceptos establecidos y también metodológicamente se entiende necesario establecer modelos para el análisis comparativo, es lo cierto, hay familias y no una familia en la realidad social. Esta afirmación se desarrolla con la presencia de diversas formas familiares. Tal vez otras ciencias sociales comprendan y apliquen mejor esta realidad, que la ciencia jurídica, pues el objetivo del Derecho es normar la generalidad.

Cada país tiene así, en rigor, su particular modelo jurídico de familia, aunque se parta de las universales instituciones de este Derecho. Esta institución del Derecho cumple funciones básicas que la convierten en célula fundamental de la sociedad y por tanto requieren de tutela jurídica como garantía a su conservación.

La familia en la sociedad tiene importantes tareas relacionadas directamente con la preservación de la vida humana como su desarrollo y bienestar. Entre las principales funciones de la familia se encuentran la biológica encaminada a la reproducción humana, la función educativa donde se socializan a los niños en cuanto a hábitos, sentimientos, valores, conductas que rigen a la sociedad.

La función económica es la encargada de satisfacer las necesidades básicas, como el alimento, vivienda, salud, vestido. La función solidaria en la cual se desarrollan afectos que permiten valorar el socorro mutuo y la ayuda al prójimo. Y por último la función protectora la cual da seguridad y cuidados a los niños, se prodiga amor, protección y se les prepara para la vida adulta, colaborando con su integración en la sociedad.

⁷ MESA CASTILLO, O. *Ibíd*em p. 3

Para algunos autores como Zluzky y De la Rúa y Troilo¹⁰⁷ la familia es un grupo social, organizado jerárquicamente y donde su función principal es la satisfacción de las necesidades colectivas. Desde la perspectiva cubana, para Mesa Castillo y Peral Collado en el seno de la familia se da satisfacción, propagación, desarrollo y conservación de la especie humana, se mantienen, educan y forman los hijos, mediante una comprensión y colaboración mutua, socialista, se comparte la vida y los intereses comunes de toda la sociedad¹⁰⁸.

Evidentemente el papel de la familia sería el medio para poder fundamentar más adelante la necesidad del cambio, pero en su búsqueda de generalización y uniformidad, las definiciones dadas por Mesa Castillo y Peral Collado reconocen las funciones elementales de la familia cubana; sin embargo no precisan la existencia de códigos propios¹⁰⁹ que le otorgan singularidad y determinan el funcionamiento de ese grupo social.

Una vez examinada a la familia como institución y sus funciones esenciales, las autoras consideran que a pesar del avance incontenible de la humanidad y el surgimiento de distintos tipos de familia o diversas formas familiares que puedan requerir de una protección individualizada, la familia tiene por función primordial la satisfacción de necesidades básicas como la propagación, desarrollo y conservación de la especie humana, para ello se mantienen, educan y forman los hijos y sus miembros establecen relaciones socio-económicas que les brindan compañía, seguridad y socialización. Es por ello que esta rama del derecho se caracteriza por su especialidad.

⁸ DE LA RUA, M y TROILO, E. Mediación y Derecho de Familia. Para Zluzky la familia era como un “conjunto en interacción organizado de manera estable y estrecha, en función de necesidades básicas, con una historia y códigos propios que le otorgan singularidad: un sistema cuya cualidad emergente excede la suma de las individualidades que lo constituyen para adquirir características que le son específicas”. En este sentido De la Rúa y Troilo también entienden por ello „al grupo social, natural, de personas que interactúan a lo largo del tiempo estableciendo normas y reglas de convivencia, y donde cada miembro desempeña el rol de acuerdo a la jerarquía que posee dentro del sistema familiar.

⁹ PERAL COLLADO, L. (1980). Derecho de Familia. La Habana: Pueblo y Educación. p. 4. Definen a la familia como “un grupo de personas entre las que median relaciones económicas y sociales surgidas de una unión sexual duradera y del parentesco, en el seno del cual se da satisfacción, propagación, desarrollo y conservación de la especie humana, se mantienen, educan y forman los hijos, y mediante una comprensión y colaboración mutua, socialista, se comparte la vida y los intereses comunes de toda la sociedad”.

¹⁰ cuando se habla de códigos propios se refiere a indicadores funcionales de la familia relacionados con su organización, establecimiento de jerarquías, distribución de roles genéricos y funcionales, empatía de los miembros, comunicación, formas de solución de los conflictos, entre otros.

El hogar y el amoroso cuidado directo de los padres a sus hijos, así como el de los demás parientes, consanguíneos o afines son de gran importancia para el desarrollo de los hijos menores de edad, quienes ocupan un lugar fundamental dentro del núcleo familiar y necesitan ser resguardados, dentro de la protección a la familia establecida como principio constitucional. Fruto del carácter social de esta institución necesita ser regulada por normas del Derecho independientes que permitan su mantenimiento y cumplimiento de sus funciones típicas dentro de la sociedad.

Fue precisamente con la tesis expuesta por Cicu, donde se iniciaron las controversias sobre su independencia, al argumentar “la separación del Derecho Civil y del Derecho Privado, defendiendo la clasificación tripartita del Derecho, según la cual el Familiar sería un tercer Derecho, distinto del Público y del Privado, a partir de una serie de características que le son dadas a este Derecho y solo a éste, por tutelar intereses subordinados a un interés superior que es el propio interés familiar¹¹⁰”.

Esta teoría de la clasificación del Derecho Familiar ha tenido defensores y detractores. Para muchos civilistas no tiene sentido la independencia del Derecho de Familia del Derecho Civil, separando esta materia en un código distinto del Civil, y no aprecian en esta independencia una protección mayor de la familia, sino más bien, - una fragmentación del Derecho Civil, que es, para esta corriente de pensamiento el único que debe regir las relaciones de Derecho Privado-¹¹¹.

Por otra parte se puede citar lo afirmado por La Cruz Berdejo cuando alude: “el criterio distintivo entre el Derecho Público y el Derecho Privado que goza de mayor aceptación en la doctrina, es el que refiere la división del ordenamiento a la posición de los sujetos en las relaciones que las normas jurídicas establecen o sobre las que se constituyen¹¹²”. De acuerdo con la opinión referida, el autor pretende demostrar cuándo el Derecho tiene función pública o privada.

¹¹Ibidem. Castán Tobeñas considera que “no obstante la relativa autonomía que pueda y deba concederse al Derecho de Familia dentro del Derecho Privado patrimonial rompiendo la actual unidad científica del Derecho Civil pues las relaciones familiares por muy salientes que sean sus rasgos definitivos van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial”.

¹²Ibidem. En consecuencia La Cruz Berdejo establece como público cuando el Estado u otros entes son portadores de la potestad suprema de soberanía o investidos de imperium y donde el otro sujeto de la relación se encuentra en situación de subordinación y por su parte es privado cuando el Estado y los demás entes jurídicos concurren con un particular o concurren entre sí varios particulares en un plano de igualdad.

¹³Ibidem. En la doctrina mexicana se destaca Güitrón Fuentesvilla, quien considera al Derecho de Familia independiente del Derecho Civil, y afirma: “Encontramos coincidencias por el punto sostenido por Cicu en cuanto a considerar el Derecho de Familia formando un tercer grupo al lado del Derecho Público y del Privado fundamos nuestra tesis considerando al Derecho Familiar, como autónomo del Privado primero, y del Civil después, pues el interés para proteger es tan fundamental a la misma organización social, que necesita darle su propia legislación, lo cual consecuentemente evitará su inexorable desmembramiento y permitirá su cohesión. Establece la autonomía de esta rama del Derecho a partir de cuatro criterios base: Iro. Criterio legislativo: teniendo en cuenta que el Derecho de Familia debe tener leyes propias y hasta un Código propio aun cuando haya

Para otra corriente de pensamiento el Derecho de Familia no es Derecho Privado, - se le puede catalogar de Público, de “Publicístico”, de Social, de Político, advirtiéndose en su contenido y objeto de regulación, una diferencia apreciable con el Derecho Civil. Por regla esta concepción, aprueba la existencia de un Código de Familia independiente del Código Civil y posee en la doctrina varios seguidores-113. Para Mesa Castillo, criterio que compartimos, “el Derecho de Familia es un Derecho específico y singular, perfectamente diferenciado del Derecho Civil y cuya naturaleza jurídica se basa en consideraciones ideológicas, políticas y éticas y en los altos intereses sociales contenidos en las instituciones por él tuteladas. El objeto de regulación jurídica del Derecho de Familia difiere del Derecho Civil; si en éste último las relaciones patrimoniales ocupan el lugar principal, en el primero son las personales¹¹⁴”.

Dicha concepción favorece que se entienda que con ella se propicia una protección mayor de la familia y hace más factible el cumplimiento del principio constitucional que la valora como núcleo esencial de la sociedad. Justamente se demuestra la inevitable independencia del Derecho Familiar dentro del ordenamiento jurídico y su marcado carácter social distinto del Derecho Civil.

Fue Cuba el primer país del continente que promulgó en 1975 un texto legal independiente para el Derecho de Familia. Otros países de Latinoamérica también evidencian el pensamiento renovador en el campo del Derecho de Familia manifestándose con más fuerza, cuando se desgaja del Derecho Civil y además se admite en su campo de acción el papel de la inter y transdisciplina con otras ciencias que también se ocupan del hombre.

Realmente, más allá de las teorizaciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, de las diversas fundamentaciones teóricas y metodológicas que se han aducido para negar o aprobar la existencia de un Código de Familia independiente del Código Civil, la protección a la familia no se logra sólo con la plasmación de este principio en las Constituciones y en los Códigos. Es necesario asentar en una voluntad política, en el conjunto de medidas socioeconómicas, de asistencia y seguridad social y de verdadera aplicación, lo establecido en la norma jurídica formal.

1. Independencia del Derecho Procesal Familiar.

formado parte de otro. 2do. Criterio científico: por la independencia en el estudio de sus instituciones y el propio tratamiento bibliográfico que a las mismas se le da. 3ro. Criterio didáctico: a partir del hecho de su enseñanza en el nivel universitario. 4to. Criterio jurisdiccional: en virtud de la existencia de Tribunales autónomos o Salas donde se tramitan a partir de procedimientos propios para los litigios familiares los conflictos que de ellos se generan”. A ello se une lo expresado por Chávez Asencio, cuando afirma que “...

¹⁴Mesa Castillo, O. (1977). Derecho de Familia, Módulo I, Habana, Cuba, p.26.

¹⁵ Ibidem.

Se requiere precisamente de un Derecho Procesal especializado, el cual es como todo Derecho Procesal, Derecho Público y si bien es cierto que el Derecho Sustancial de Familia es en puridad un Derecho Social, el Derecho Procesal Familiar tendrá que ser el cauce por el cual transiten los conflictos surgidos de las relaciones familiares. En virtud de este proceso y no de las tradicionales normas del Proceso Civil se resuelvan de manera ágil estas confrontaciones en el marco de las relaciones familiares.

Las premisas hacia donde se orienta el Derecho Procesal Familiar son diferentes a los del Derecho Procesal Civil, por cuanto en él están en juego valores fundamentales como la dignidad personal, igualdad, unidad de la familia y el interés supremo de velar por el buen desenvolvimiento de las relaciones familiares; de las niñas, los niños y las personas de la tercera edad. En tanto Derecho Público, el Derecho Procesal Familiar está llamado a tutelar normas de orden público y no privado, con una naturaleza diferente al Derecho Procesal Civil aún cuando tengan un carácter instrumental.

En este tipo de Derecho Procesal que surge, no pueden solamente tomarse en cuenta los derechos patrimoniales o económicos, como en el Proceso Civil. Este Derecho va más allá de estos limitados objetivos para tutelar otros de carácter personalísimo como la filiación, el derecho a la comunicación con los hijos, el derecho a la formación de una familia, entre otros.

Los conflictos que se plantean en el Proceso Familiar son de carácter profundamente humanos, este nuevo Derecho Procesal postula como piedra angular resolver los conflictos familiares, en lo posible, al eliminar la confrontación entre las partes y evitar el mayor daño posible a la familia como célula fundamental de la sociedad¹¹⁵. Sin dudas, fue ésta la razón por la cual los teóricos del Derecho han puesto singular atención en la regulación de las relaciones familiares por vías distintas a las propuestas por el Derecho Procesal Civil, aunque no todos consideren necesaria tal independencia¹¹⁶.

Existen en la doctrina autores como Álvarez Torres y Aón quienes consideran la naturaleza conciliatoria del Proceso Familiar, apartada del Proceso Civil en general¹¹⁷. En dicho proceso ninguna solución a un conflicto podría importar la

¹¹⁵PEÑA DE LA SOLA, S. (1999). La resolución de conflictos. De la teoría a los nuevos énfasis. La Habana: Revista Cultura, Ideología y Sociedad. No.18-19. p. 6. Refiriéndose al tema expresó Peña de la Sola “el interés por el estudio a fondo del conflicto en el nivel social y en el internacional, fue más allá de la búsqueda de la comprensión del fenómeno.

¹⁷MANTECÓN RAMOS, A. (1997). Hacia una reforma del tratamiento del conflicto familiar en Cuba. [Disponible en: www.cendi.cu]. [Consultado: 15/2/2014]. manifiesta: “Aun cuando elementos especiales tipifiquen esta rama del Derecho en lo que al orden sustantivo se refiere, es evidente que las particularidades del litigio familiar son las mismas del litigio común y debieran aplicarse con cierta regularidad. Estas vías debían ser ajenas al corriente, en lo que al punto procesal concierne, siendo similares las vías de conocimiento e idénticos los modos en que se compone y desarrolla el litigio”

defensa de los derechos de uno y al mismo tiempo, el atentado a los intereses de todos, sino que será reemplazada por la sentencia del juez¹¹⁸.

Es de considerar muy acertado que la creación de una norma especializada, da la posibilidad de concebir un modelo procesal totalmente independiente, con una delimitación previa de los principios propios, un sistema de recursos, medidas cautelares y un proceso de ejecución especial. Esta separación permite buscar una solución uniforme en su generalidad a los conflictos ventilados en dicha materia, tal como se manifiestan en varias legislaciones foráneas.

3. Regulación procesal en materia familiar en el Derecho Comparado.

Podría ser insuficiente si solo se pretendiera realizar un estudio sobre el tema en ámbito interno. Comparar su comportamiento en el Derecho Positivo permite conocer sus ventajas y dificultades y encontrar la mejor solución para el Derecho Cubano. Es por ello, que es de obligatoria referencia tratar lo regulado sobre la independencia del Procedimiento Familiar en algunos países, lo que deviene en base fundamental para reflejar lo pretendido en este asunto.

Sería positivo señalar que son varios los ordenamientos jurídicos a nivel internacional poseedores de una jurisdicción en asuntos de familia¹¹⁹, aún cuando no todos regulan esta materia en una norma independiente. Se advierte un futuro cercano hacia la consolidación del Derecho Procesal Familiar como única vía para darle fin al conflicto de esta naturaleza y materializar apropiadamente el Derecho de Familia.

¹⁸ ÁLVAREZ TORRES, O. M. (2001). El Procedimiento Familiar en Cuba, una necesidad impostergable. La Habana: Revista Cubana de Derecho. No.18. p. 67. Contrario sensu de la naturaleza controversial del Proceso Civil en general, el Derecho Procesal Familiar se sustenta en bases en que predomina el papel conciliatorio del juez de familia” y Aón en “Los Tribunales de Familia como Operadores de Crisis”, entrevista realizada desde la página Web www.eldial.com cuando dice: “no podemos trabajar las cuestiones referidas a los problemas familiares como si fueran una contienda; es decir, contra-principios en lugar de principios”

¹⁹ URNER SAELZER, S. (2002). Los Tribunales de Familia. Chile: Talca. p. 5. En la concepción individual... se favorece al individuo como centro de la imputación de derechos y obligaciones. Si a ello unimos una causalidad lineal, tenemos que siempre existirá una víctima y un victimario, un inocente y un culpable. De esta manera, se privilegia el litigio por sobre el acuerdo, porque se trata, en último término, de defender derechos individuales, relegando a un segundo plano el interés de la familia como unidad... Pareciera que al existir litigantes y culpables dentro de la familia, ella pierde parte de su respetabilidad, reduciendo las posibilidades de que tome sus propias decisiones, las cuales serán ahora reemplazadas por la sentencia del juez”.

²⁰ En la provincia de Buenos Aires, Argentina, se emitió en el año 1993 la Ley de Creación del Fuero de Familia (12.318). Bolivia prevé en el Código de Familia desde 1973 la regulación de la Jurisdicción y los Procedimientos Familiares. Costa Rica en el año 1994 crea el Tribunal de Familia. Chile en el 2005 entra en vigor la Ley número 19.968, donde refiere la creación de los Juzgados de Familia. El Salvador en el año 1994 promulga La Ley Procesal de Familia, reflejando en su artículo 5 la creación de los Jueces de Familia. El “Proyecto de Código de Procedimientos Familiares en México” de 2004, regula la organización de los Tribunales Familiares y los Procedimientos Familiares en general. En Uruguay, la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (Ley No. 15,750) contempla la existencia de los Juzgados Letrados de Familia desde el año 1985. Panamá regula en su Código de Familia Ley No 3, lo relativo a la Jurisdicción y a los Procedimientos Familiares. En 1999, Perú emitió la Ley número 27.155, que regula competencia de los Juzgados y Fiscalías de Familia”.

Resulta admirable el logro alcanzado por algunos países latinoamericanos en el caso de El Salvador se puede incluso afirmar que es donde se enfatiza y enfoca de mejor manera la percepción de un Derecho Procesal de Familia, ampliando además su iniciativa a los planes de estudio en la enseñanza del derecho.

Otros de los países que se inclinan por una legislación especializada en estos asuntos lo son Chile y Reino Unido al promulgar cuerpos normativos procesales especiales. El Código Mexicano incluso inspiró la redacción del “Proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos¹²⁰”. Es de destacar, cómo dicha ley repara en el lenguaje inclusivo, denotando sensibilidad en el tema de género.

Otros regulan sus Procedimientos Familiares dentro del Código de Familia. Otra tendencia es a la promulgación de leyes especiales que reforman y adicionan otras, como ocurre con algunos Estados de Argentina.

En este sentido para Cuba, resulta muy favorable la forma de presentarse el Derecho Procesal Familiar en el Derecho Comparado, donde se refleja de diversas maneras y con características propias de cada territorio. El Procedimiento Familiar Cubano necesita de la individualización total para lograr de una forma más eficaz la conciliación entre las partes y la concreción de un fallo justo y adecuado al tipo de derecho.

La promulgación de cuerpos normativos procesales especiales resulta un ejemplo a seguir para la implementación de una Ley Procesal Familiar en Cuba, al contar con una experiencia necesaria para lograrlo, si se analiza la existencia de un Código de Familia desde 1975 y la creación de un Fuero de Familia desde el año 2007.

Se precisa por tanto de un instrumento jurídico completo que lleve a efecto las normas sustantivas familiares. Un ordenamiento procesal, ajeno a las regulaciones civiles matizadas por el carácter patrimonial y la irremediable contienda. Con la creación de Tribunales de Familia amparados por Ley.

4. Principios informantes del Procedimiento Familiar.

No puede resolverse un litigio de familia con normas procesales que partan de una contienda irreconciliable entre las partes. Los principios del Derecho Procesal de Familia deberán cumplirse a través de la práctica judicial, los cuales son mucho más amplios; expeditos y flexibles que los ya conocidos Principios Rectores o Principios Técnicos Configurativos del Proceso Civil en cumplimiento a lo preceptuado en la Constitución antes enunciada.

El principio dispositivo; que en este caso entraña la iniciación del proceso a instancia de parte, salvo las excepciones establecidas por ley. El principio de impulsión de oficio o de impulso procesal de oficio; parte del postulado de que una vez iniciado el Proceso Familiar, éste será dirigido e impulsado de oficio por el Tribunal, evitará toda dilación o la realización de diligencias innecesarias e inconducentes y tomará todas las medidas pertinentes para impedir su paralización.

¹²⁰Proyecto de Código de Procedimientos Familiares. Decreto 353/2004. Periódico Oficial 1 del 31 de marzo de 2011.

En los Procesos de Familia debe garantizarse inexcusablemente el cumplimiento del principio de inmediación. O sea, los jueces que participen en los actos de comparecencia, práctica de pruebas y vistas, sean los que acuerden y dicten las resoluciones definitivas, con la única excepción de resultar materialmente imposible por causa debidamente justificada, dejando constancia en las actuaciones.

La igualdad de las partes en el debate; será garantizada por el Tribunal en el desenvolvimiento del Procedimiento familiar en cada uno de sus actos. El planteamiento simultáneo por las partes, de todos los hechos y alegaciones donde fundamenten sus pretensiones o defensas y las pruebas de las cuales intenten valerse.

La preclusión, en tanto pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, impide el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidas y consumadas. En el Proceso Familiar se flexibiliza este principio pero no significan la perpetuidad del proceso, por tanto permite su retroacción en interés de lo más beneficioso para la familia; los menores de edad o personas de la tercera edad.

El principio de abordaje integral significa la competencia ampliada del Tribunal para todo el conflicto, desde la conciliación hasta la decisión jurisdiccional, incluyendo las acciones para lograr el acuerdo entre las partes. Permite asegurar la inmediación en función de la verdad objetiva y evitar decisiones contradictorias¹²¹.

Principio de Jurisdicción Perpetua: el mismo Tribunal es concededor de todos los Procesos Familiares que envuelven al grupo familiar. Aunque podrá disponer la separación de algún proceso cuando resulte inconveniente atraerlo para la oportuna y adecuada solución del asunto¹²².

La búsqueda de la verdad (objetiva): se necesita llegar a la convicción de verdad para que los acuerdos sean justos y realizables¹²³. En el proceso de conocimiento el hombre encuentra verdades relativas; y no obstante, la verdad buscada en el Proceso de Familia debe ser la verdad objetiva, o sea, aquel contenido de los conocimientos humanos no dependientes de la voluntad ni de los deseos del sujeto¹²⁴, y contribuye a la búsqueda de la solución real, efectiva, del conflicto.

En un proceso donde se privilegien el litigio y los intereses individuales, las nociones de la verdad y de la justicia van a estar condicionadas por lo que interesa a cada parte a demostrar a su favor, y será esta verdad aparente quien guíe el actuar del

¹²¹PICADO BRENES, A. M. (2006). Exposición de motivos, propuesta de la asociación de juezas y Jueces de Familia de Costa Rica. [Disponible en: www.poder-judicial.go.cr]. [Consultado: 15/1/2014].

²³KIELMANOVICH, J. (1999). Los Principios del Proceso de Familia. [Disponible en: www.abogadosdesalta.org.ar]. [Consultado: 15/1/2014]. “En esencia, la conexidad se configura en supuestos en que la materia litigiosa, introducida con posterioridad a la radicación de la causa originaria, constituye una prolongación de la misma controversia, de suerte tal que sea menester someterla al Tribunal que previno para permitir la continuidad de criterio en la valoración de los hechos y derechos invocados”.

²⁴ DE LA RUA, M y TROILO, E. Mediación y Derecho de Familia. [Disponible en: www.justiciacordoba.org.ar]. [Consultado: 28/3/2014].

²⁵ ROSENTAL, M y IUDIN, P. (1981). Diccionario filosófico. La Habana: Política. p. 480.

tribunal. Sin embargo, en el Procedimiento Familiar la búsqueda de la verdad objetiva adquiere categoría de principio porque, las imputaciones de derechos y obligaciones están centradas en la familia como un todo, de manera que ninguna solución a un conflicto podría importar la defensa de los derechos de uno y al mismo tiempo el atentado a los intereses de todos.

Esta es la razón fundamental por lo cual será interés de las partes actuar de buena fé y aportar, de manera voluntaria, los elementos necesarios al Tribunal, para hacer un juicio correcto del conflicto. Y será la razón de éste para buscar de oficio elementos de prueba de la pretensión ejercitada.

Principio de atención interdisciplinaria: consiste en la existencia de equipos multidisciplinarios; bien como equipo de especialistas auxiliares, integrado al menos por un trabajador social y un psicólogo, encargados de los estudios y dictámenes¹²⁵, bien como especialistas donde además de rendir peritajes, supervisen regímenes de visitas, brinden asesoría en su especialidad, den seguimiento a los casos indicados por el juez, asistan a entrevistas del juez con las niñas y niños y cualquier otra gestión que tienda a la solución del conflicto¹²⁶, o como jueces legos, y de acuerdo al asunto, en su condición de especialistas en psicología, psicopedagogía o trabajo social¹²⁷.

Privacidad: se refiere a la no admisión de público para presenciar las actuaciones procesales. Para Álvarez Torres, el principio de oralidad va acompañado de la publicidad, consistente no sólo en la presencia en las audiencias, de las partes y sus representantes, sino también de la población como controladora máxima de la justicia en un aspecto social tan importante como son las relaciones familiares, en el que sólo el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, debidamente razonado, podrá disponer el carácter privado o reservado de los debates¹²⁸. En opinión de la autora, la publicidad en el Proceso Civil es vía para la educación jurídica del pueblo, pero en el Proceso Familiar implicaría una invasión a la intimidad de la familia donde en nada aportaría a unos y otros porque cada familia tiene códigos propios para su funcionamiento, podría limitar la disposición de las partes a aportar la verdad objetiva. Si se permite la intromisión del Tribunal, es porque se ve en él al ente con facultades legales y conocimientos científicos-jurídicos en la materia, resolviendo de una forma efectiva y equilibrada el problema.

²⁶Ley Procesal de Familia: Ley No 9 (1994). El Salvador: Diario Oficial No. 30.Art.4 y 9.

²⁷PICADO BRENES, A. M. (2006). Exposición de motivos, propuesta de la asociación de juezas y Jueces de Familia de Costa Rica. [Disponible en: www.poder-judicial.go.cr]. [Consultado: 15/1/2014].

²⁸MESA CASTILLO, O. (2001). Una Ley a tono con los nuevos tiempos. [Disponible en: www.paolarosen.com.revista/com/revista/familiahtm]. [Consultado: 15/1/2014]

²⁹ÁLVAREZ TORRES, O. M. (2001). El Procedimiento Familiar en Cuba, una necesidad impostergable. La Habana: Revista Cubana de Derecho. No.18. p. 67.

Principio de preferencia de la descontentación: en cuanto a que el trámite contencioso sea la última opción, cuando no sea la única o la óptima. Incluso en el proceso contencioso se apunta a un debate moderado y constructivo, y no a buscar vencedores ni vencidos¹²⁹.

La búsqueda del acuerdo entre las partes: siempre el objetivo es reducir los conflictos, pero también en el sentido de que lo acordado, en tanto no resulte contrario al orden público o al interés superior de la familia, habrá de ser privilegiado y tomado como antecedente relevante para resolver la cuestión sometida al Tribunal. Los acuerdos, no obstante, tendrán una validez provisional, es decir, se sujetarán al mantenimiento de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración¹³⁰.

5. Tratamiento del tema en la actualidad cubana.

La reciente instrucción 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, procura concretar las principales normativas de un incipiente procedimiento familiar y mitigar en cierta medida las disfunciones del procedimiento aplicables mediante reglas aisladas. Sin embargo, la dispersión y ausencia normativa de cuestiones fundamentales, que pueden ser posteriormente analizadas de forma minuciosa en otros trabajos, demuestran la necesidad de unificar y regular los procedimientos en un cuerpo normativo único y por supuesto separado del actual procedimiento civil.

La regulación vigente dota de amplias facultades al órgano jurisdiccional, como consecuencia de ello se ha observado una rica práctica judicial, que no en todos los casos se ha visto reflejada en dichas regulaciones. Son muchas y variadas las cuestiones no abarcadas por las instrucciones emitidas para brindarle unidad y la debida coherencia al incipiente Procedimiento Familiar y eliminar las diferencias actuales. Constituye una necesidad impostergable por ejemplo, contar con principios básicos característicos de esta jurisdicción, que con anterioridad ya se habían explicado, para ser tenidos en cuenta en la resolución de los casos previstos, ampliar el marco de aplicación y tipificación de un régimen cautelar muy específico de las situaciones que dentro de la actuación en esta materia se puedan presentar, lo que conllevaría junto a otros elementos de procedimientos a un proceso de ejecución especial.

Esta autora considera además, que en los procesos relacionados con el Derecho de Familia, es indispensable disponer de un mismo régimen procesal para los asuntos donde se decidan derechos de las niñas y niños en cualquiera de las situaciones legales, basados en los principios informantes del procedimiento especial contrario al ordenamiento vigente. Debe existir un andamiaje capaz de materializar estos principios y para ello se requiere una especial garantía en el ámbito procesal, donde los jueces tanto profesionales como legos y los fiscales sean especializados tal

30 IDEM

31 IBIDEM

como se evidencia en otras legislaciones y como demanda ya esta jurisdicción de carácter especialísimo, destacándose por solo citar algún ejemplo, el carácter preceptivo y obligatorio del auxilio multidisciplinario.

En Cuba no es práctica común la mediación antes del proceso como tampoco se refrenda en el procedimiento especial para los casos de familia, instrumentado por el máximo órgano juzgador, lo cual coloca a los asuntos de familia en una situación de mayor atención y protección, ya una vez que se inicia la litis. Debiéndose generar a través del procedimiento las garantías necesarias para las partes y en especial para las niñas, niños y personas de la tercera edad, por ser más vulnerables. Es obvio que la implementación de un nuevo y más completo procedimiento familiar posibilitaría de manera inminente a resguardar los derechos familiares y a continuar preservando la esencia de la Familia en nuestra sociedad.

6. Necesidad de un respaldo constitucional.

Como ya hemos considerado anteriormente, resulta muy importante que un tipo de Derecho, como lo es el Procesal Familiar, cuente con sus propias bases e independencia para su adecuada y justa ejecución. Por tanto, es indispensable que dichas bases partan de un postulado normativo constitucional, donde se aluda no solo a las cuestiones sustantivas de los principales derechos de la familia, si no que deje por sentado al rango de la Ley Suprema la especialidad de esta materia y con ello su desprendimiento como rama independiente. Ello no se traduce en la actualidad, solo cuatro artículos refieren de manera muy somera lo que el Estado considera debe ser protegido a través del Derecho en el ámbito familiar, situando en primer orden a la familia.

Sin embargo, no reconoce los distintos tipos de familias que hoy están presentes en la sociedad cubana, para citar un ejemplo; así como el principio de interés superior del niño, regulado internacionalmente y que requiere primeramente respaldo constitucional para luego refrendarse de manera específica en las leyes familiares. Evidentemente lo anterior, es reflejo del proceso de asimilación que deben tener las leyes con relación al avance indetenible de la sociedad a nivel nacional e internacional.

De este modo, otros derechos esenciales en el campo de lo familiar también han quedado silenciados y no reconocidos como indispensables para que se consagre verdaderamente la familia, como célula fundamental de la sociedad y que deberían concursar como principios rectores para la protección de la misma, los que se enuncian como el derecho a obtener condiciones de habitabilidad para ese hogar donde se debe desenvolver dicha familia, la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas, adolescente y personas de la tercera edad. Igualmente el reconocimiento del concepto de género y sus diversas derivaciones cuando se trata

de igualdad, visto en un sentido amplio, incluyéndose en ello las transformaciones que ha tenido en la realidad la institución del matrimonio.

En este sentido, al traspolarse a nuestra Ley Suprema aquellas normas de carácter internacional, se daría por sentado primeramente un reconocimiento de esos pronunciamientos jurídicos en el ámbito de la familia por parte del ordenamiento cubano y luego es obvio que dicho ordenamiento debería plasmar determinados principios esenciales en la Ley de Leyes que irradiarían hacia el resto de las normativas cubanas.

Por esta razón es vital que la intención de lograr un desprendimiento del Derecho de Familia y en especial sus procesos, parta de fundamentaciones esenciales basadas en principios y enunciados constitucionales.

Finalmente, se concluye que:

En este sentido, el carácter ético y personal de los Procesos de Familia, demuestra la necesidad de un cambio que permita subordinar las normas patrimoniales a las personales y el interés social sobre el individual, se imponen así, las normas de orden público familiar.

La incorporación del Procedimiento de Familia a la norma Procesal Civil vigente le provoca regirse por los principios postulados en la parte general de la misma, cuestión que a pesar de los avances plasmados en dos años de experiencia, recae en una especie de atadura jurídica que no permite su desenvolvimiento total como procedimiento en sí; por cuanto si los conflictos que se esbozan en el Derecho Procesal son de carácter profundamente humanos, este nuevo Derecho P. Familiar reclama resolver los conflictos familiares al eliminar la confrontación entre las partes y evitar el mayor daño posible a la familia como célula fundamental de la sociedad.

Se aprecia también la presencia del equipo multidisciplinario y su inserción adjunto al Tribunal. Ello permitiría al Sistema Jurídico Cubano cumplir con los principios y reglas requeridas para el proceso, toda vez que su presencia tenga fuerza legal, en aras de una mejor solución al conflicto familiar.

El Procedimiento Familiar Cubano tiene un basamento en la Constitución; sin embargo, la diversidad normativa en sus procesos, la carencia de algunas precisiones generales de la norma procesal familiar, así como los elementos ya mencionados en las presentes consideraciones con visualización práctica no posibilitan concretar a plenitud sus postulados en todas las situaciones jurídicas que su resolución parta de verdaderos postulados constitucionales.

**LA DISCRECIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

MSC. AILY MARINA HERNÁNDEZ GARCÍA

MSC. ELVIS SÁNCHEZ HABER

LIC. SUCEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Si bien un segmento de la doctrina, ha investigado la necesidad de resaltar la significación que hoy día se le atribuye a las potestades que posee la administración para la satisfacción de sus fines, es una realidad latente que dada a la complejidad y los conflictos que se han producido a partir del entorno turbulento, a los administradores se le dificulta poder tomar decisiones partiendo de la discrecionalidad, para así materializar sus actuaciones administrativa. Es por ello que ésta institución, debe ser objeto de análisis y amerita un adecuado tratamiento investigativo, partiendo de que esta temática es un puntal clave dentro de la materia del Derecho Administrativo. Al profundizar en la definición de discrecionalidad visto de manera independiente y desde el ámbito administrativo, se debe iniciar obviamente, con el principio de legalidad. Cuando se parte de la doctrina administrativa, se ha considerado que las leyes no carecen de lagunas, ni están exentas de dudas, ni son susceptibles de una interpretación que ponga absolutamente en claro su intención. Resulta necesario enfatizar que la discrecionalidad apunta a la libertad de elección entre alternativas igualmente o de otras indiferentes. Por su parte está la existencia de la discrecionalidad administrativa, que surge a partir de la necesidad primordial de que las autoridades administrativas tuvieran la libertad, para dictar ciertas disposiciones que le fueran de beneficio a su interés público.

Cuando hablamos de sociedad, es imposible dejar de referir que para que esta, adquiera una estructura, funcionabilidad, esté investida de la conformación de un Estado que posea garantías para los ciudadanos, y estos últimos brinden con su esfuerzo el impulso y desarrollo, se hace necesario la determinación de un orden legislativo. Es por ello que cuando abordamos el orden legislativo, se debe partir del principio de legalidad, debido a que este constituye uno de los dogmas más tradicionales y arraigados en las manifestaciones esenciales del Estado por las décadas transitadas.

La legalidad en su ámbito general debe ser vista desde dos aspectos: uno el de la creación y configuración del Derecho y por su parte el estricto cumplimiento de dichas normas legales que dentro de la extensa ejecución le son atribuida como función a los órganos administrativos de la sociedad.

Al tratar la legalidad se ha evidenciado que ésta no ha quedado estática en el decursar del tiempo, producto a que se han producido transformaciones que han

dotado al Estado de diversas potestades discrecionales, que le han servido para lograr que sus órganos puedan agilizar el proceso de aplicación de la norma de la regulación jurídica.

Existen disimiles criterios brindados por estudiosos de la materia en cuestión que mejor tipifica al Estado de Derecho que es el estado constitucional, es la sujeción de todos sus actos a la ley, asegurándose así, el imperio de ésta. Significa, la supremacía absoluta o predominio de la ley opuesto a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de lo arbitrario. En este sentido, el imperio de la ley se opone a todos los sistemas de gobierno por personas investidas de poderes amplios, arbitrarios o discrecionales. El principio fundamental está basado en que son las leyes y no los hombres que gobiernan. Dicho principio se formula sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión individual no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior, es así un principio esencialmente protector del individuo.

Con el proceso de apareamiento de las normativas en el ámbito administrativo estuvo antecedido por un amplio movimiento de oposición al absolutismo, que inicio y se materializó en el plano de las ideas. Entre los principales exponentes aparecen los ideales de Montesquieu con su tesis sobre la tripartición de poderes y Rousseau con la formulación del principio de legalidad, que nos ocupa, a partir de concebir que la soberanía habita en el pueblo y se exterioriza por las leyes, emanación de la voluntad general.

Por su parte resulta evidente definir, que las leyes se distinguen por su generalidad de las otras manifestaciones de poder público, existiendo una diferencia entre estas y los otros actos de poder: el grado de su fuerza jurídica, teniendo como explicación que la ley es un acto de soberanía inicial e incondicionado, mientras que los otros actos nacen de un poder que la ley creó y que la misma ley condicionó al respeto de los mandatos y prohibiciones contenidos en las propias leyes. En pocas palabras sería que todo quede sometido a la Ley.

En los países en los que todas las leyes sin distinción tienen valor jurídico máximo, soberano, pues no quedan subordinadas a ningún otro acto jurídico, y a ellas se subordinan todas las demás actuaciones jurídicas, manteniéndose vigente el principio de legalidad en toda su amplitud.

La noción de legalidad tomó un nuevo auge en los países del extinto campo socialista, entendiéndose la legalidad dentro de los estrechos límites del cumplimiento estricto de la ley por parte del Estado y el resto de las organizaciones así como por los ciudadanos, pero este concepto fue sometido a transformaciones convirtiéndose en un principio de existencia política.

El Dr. Julio Fernández Bulté definía la legalidad como “una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el

autoritarismo, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría”.¹³¹

El principio de legalidad adquiere importancia fundamental con relación con los órganos de la Administración Pública para el derecho administrativo, y le impone siempre a los órganos que la integran la obligación de actuar con arreglo a lo establecido en la ley y en las otras normas jurídicas que regulan su actividad; y no sólo las establecidas por los órganos del Estado, sino las que establezcan los tratados internacionales, particularmente en materia de derechos humanos que como se ha dicho tienen rango constitucional e, incluso, supra constitucional; y las que emanen de órganos supranacionales, particularmente en la Comunidad Andina de Naciones.¹³²

Ahora bien, hay dos aspectos que deben retenerse de lo dicho anteriormente: en primer lugar, que el principio de legalidad, en el contexto del Estado de derecho, se refiere específicamente a todos los órganos y poderes del Estado, y no sólo a los que ejercen el Poder Ejecutivo o a la Administración Pública. En consecuencia, en un Estado con Constitución escrita, el órgano legislativo también está limitado por el “principio de legalidad”, en el sentido de que sus actividades están constitucionalmente limitadas por lo que también pueden ser objeto de control judicial o jurisdiccional.

En segundo lugar, que en la expresión “principio de legalidad”, el término “ley” debe entenderse en el sentido más amplio de “ordenamiento jurídico”, y no en el sentido formal de acto emanado del Parlamento, por lo que comprende la Constitución en sí misma, las leyes formales y todas las otras normas del ordenamiento jurídico conformadas en un sistema legal que deriva de la Constitución en forma escalonada y jerarquizada.

En consecuencia, este principio de legalidad, principalmente en sistemas legales con Constituciones escritas, implica por supuesto, no sólo que los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo o más ampliamente que integran la Administración Pública estén sujetos a las normas de derecho, sino que los otros órganos del Estado, incluyendo los órganos legislativos, también estén sujetos a las normas de derecho.

En cuanto a los órganos de los Poderes Judicial, Ejecutivo, Ciudadano o Electoral, por tanto, el principio de legalidad tiene un sentido más amplio, pues incluye no sólo la Constitución sino también a todos los actos del Estado con carácter general y normativo y, particularmente, los de rango “legislativo”. En estos se incluye, además de los actos del Parlamento o leyes formales, todos los demás actos del Estado dictados con la misma fuerza legal, como por ejemplo, los decretos -leyes y los actos

¹³¹ Fernández Bulté, Julio: Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho. Editorial Félix Varela, 2002. p. 238.

¹³² ALLAN R. BREWER-CARÍAS, 2005 © UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2005 Derecho Administrativo, Tomo I. 1ra Edición.

de gobierno emanados del Jefe de Estado conforme a los poderes constitucionales.
133

Cuando en nuestro país se produce el triunfo de la Revolución y se implanta un nuevo tipo de Estado, junto con él desaparece el viejo ordenamiento legal con la consabida necesidad de establecer un nuevo ordenamiento y el establecimiento de principios que rectorarán la estricta observancia de dichas normas.

Es por ello que la legalidad socialista parte de la base de la actuación de todo el sistema estatal socialista; exige la observancia incondicional y estricta, por parte de los órganos y organismos estatales, funcionarios, organizaciones sociales y de masas y ciudadanos de todo el ordenamiento legal, así como de los actos que emitan, basados en él, los órganos del Estado. Puede sintetizarse expresando que ante la ley todos son iguales y que los administrados tienen el derecho de exigir se les trate conforme a la ley y al propio tiempo, los órganos, organismos y organizaciones tienen el deber de ajustarse en todos sus actos a la ley. Por medio de la legalidad socialista, el Estado lucha contra los elementos antisociales y los que infringen la disciplina estatal y del trabajo y al arraigarse como principio cardinal inculca en las masas una conciencia jurídica nueva, que influye en la perspectiva que hacia el trabajo han de mantener los que con su esfuerzo son los constructores del socialismo como vía hacia el comunismo. La ley es así voluntad vinculadora, autárquica e inviolable. No sólo vincula al destinatario sino a los propios órganos de poder que la elaboraron.¹³⁴

Por otra parte Fernando Álvarez Tabío precisa que la legalidad socialista, es un método de acción de una sociedad que aspira a la realización del comunismo. Consiste en una aplicación constante y estricta del Derecho emanado de los órganos superiores del poder político, y tiene por objetivo el establecimiento en el país de un orden jerárquico cierto y seguro. Este orden debe caracterizarse por la claridad, precisión y dinamismo de las normas que impone; debe fijar de antemano la esfera de competencia de los órganos estatales, sobre el principio de que ningún funcionario, ya sea de arriba o de abajo, puede hacer sino lo que la ley lo autoriza; garantizar los derechos fundamentales del ciudadano y de las organizaciones sociales y establecer los deberes correlativos; proteger la estabilidad de las relaciones jurídicas y crear y desarrollar una atmósfera de confianza en la estricta aplicación de un orden jurídico justo y eficaz por órganos emanados del pueblo y sujetos a su control.¹³⁵

Es preciso sustentar que la Constitución cubana contempla la legalidad socialista en su aspecto: Como principio de dirección estatal y de justicia, plasmado en el artículo

¹³³ ALLAN R. BREWER-CARÍAS, 2005 © UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2005 Derecho Administrativo, Tomo I. 1ra Edición.

¹³⁴ Álvarez Tabío, Fernando, "La legalidad socialista", en Revista Cubana de Jurisprudencia No. 7, Ciudad de La Habana, 1980. p. 17.

¹³⁵ Álvarez Tabío, Fernando, ob. cit., p. 236.

10 que todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad.¹³⁶

Varias han sido las discordias producidas entre los criterios de los estudios de la materia administrativa con relación a la discrecional, unos precisan que la discrecionalidad le da la libertad a los administrados para enfrentar los problemas que se producen en el entorno turbulento y otros consideran por su parte que no solo le da libertad para la toma de decisiones, sino que le da la posibilidad de buscar diferentes variantes a partir de lo normado legalmente.

Es por ello que nos afiliamos a que una Administración que ha diversificado sus funciones, discrecionalmente amplía su campo de acción y en mayor número y con más frecuencia confronta problemas y situaciones urgentes de soluciones inmediatas, requiere se le otorgue la posibilidad de una mayor independencia frente a la esfera normativa mediante la potestad discrecional y se le permita decidir eligiendo entre varias formas posibles de comportamiento dentro de los límites jurídicos previstos en la norma sin que algunas de esas formas tengan preferencia sobre las demás. Cualquier solución elegida por el ejecutor de la norma, es jurídicamente válida.¹³⁷

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etcétera)¹³⁸

La potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

¹³⁶ Constitución de la República de Cuba, ed. cit., artículo 10, p. 9

¹³⁷ Héctor Garcini Guerra, Derecho Administrativo, Segunda Edición corregida y ampliada, Editorial Pueblo y Educación (1986). P.86

¹³⁸ García de Enterría, E. y T.R. Fernández, Curso de Derecho Administrativo, t. 1. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982. p. 386

Cuando se profundiza en cuanto a la relación existente entre la discrecionalidad y el principio de legalidad, resulta imposible no abordar el elemento obligatorio que prima entre todos los órganos del Estado a la hora de someterse a los preceptos establecidos en ley, y fehacientemente a este principio no escapan los órganos administrativos.

Por su parte Juan Igartua Salaverría, define que el principio de legalidad entronizó a la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en principio, no es oponible ningún otro derecho, cualquiera que sea su forma y fundamento. El radio de acción de este principio cubre, por tanto, espacios más amplios que el meramente administrativo. Sin embargo, en la Europa continental, el principio de legalidad ha nacido, se ha afianzado y ha evolucionado según marchaban las relaciones entre la Ley y los poderes del Ejecutivo-Administración. Tan es así, que la misma locución «discrecionalidad» sólo es concebible en el marco de ese principio. Es decir, la discrecionalidad, está conceptual y lógicamente conectada con la «legalidad». En efecto, la actividad «discrecional» se define como tal porque encuentra en la ley un límite relativo al fin, a la competencia, al procedimiento. De lo contrario, se llamaría libre.

Resulta oportuno profundizar en esta temática, debido a que ha sido un medidor efectivo de las etapas de desarrollo por la que ha transitado el Derecho Administrativo, partiendo de que tradicionalmente la potestad administrativa se ha definido como aquella facultad que se le otorga la ley a la autoridad administrativa, para elegir entre varias soluciones igualmente justas en un caso concreto. Esta se materializa en el margen de libertad que confiere al legislador a la administración, quien podrá decidir según su prudente arbitrio y valoraciones de oportunidad y conveniencia de un momento dado.¹³⁹

Es necesario resaltar que siempre el objetivo del ejercicio de la actividad estatal será el interés público o el bien común, pero dentro de este marco general, pueden preverse aspectos ante los cuales el órgano debe decidir en forma subjetiva, las formas, circunstancias o contenidos de su actuación. El órgano debe analizar en qué casos es procedente completar el cuadro legal de la potestad otorgada por la ley. Esto no implica que el órgano actúe al margen del ordenamiento jurídico, pues es la propia norma la que le concede una determinada libertad parcial, para su obrar.

En concreto, la potestad discrecional de la Administración en la producción de actos no reglados por el Derecho Administrativo únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que aquélla se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que

¹³⁹ Bárbara Arbelaiz Reyes, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas No.13. Universidad Central de Venezuela, Caracas , 1997

la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue".¹⁴⁰

Hay otras circunstancias que fijan la indispensabilidad de que la Administración Pública tenga dentro del marco de la ley un campo de actuación libre que le permita desarrollar sus actividades y alcanzar sus fines. Fiorini en cuanto a ello afirma: ... la ley sólo señala cuál debe ser el interés que debe satisfacerse colectivamente en tanto el administrador es el encargado de realizarlo prácticamente... Los hechos exteriores en permanente interdependencia con el interés público custodiado por el mandato de la ley, modifican, rectifican, disminuyen, reforman o amplían la realización práctica de la gestión administrativa... El legislador puede sancionar una ley con todos los detalles posibles, pero no podrá captar las transformaciones inciertas futuras... Debe existir una relación lógica entre el fin establecido por la ley y los medios necesarios para realizarlos prácticamente por la Administración. La discrecionalidad es la facultad que adquiere la Administración para asegurar en forma eficaz los medios realizadores del fin.¹⁴¹

El principio de legalidad posee gran significación en el actual del Estado, así como en los órganos y organismos de la Administración Pública, debido a que este se basa en el estricto cumplimiento de las leyes que rigen el comportamiento del individuo en la sociedad, dígase cuadros, funcionario y trabajadores.

El ejercicio de la potestad discrecionalidad no implica necesariamente un actuar injusto, ni ilegítimo, sino que precisamente su campo de aplicación toma como base precisamente lo establecido en la ley. Esta potestad es sólo concebible en el marco de ese principio, es decir, la discrecionalidad está conectada con la legalidad. En efecto, la actividad discrecional se define como tal porque encuentra en la ley un límite (relativo al fin, a la competencia, al procedimiento).

El goce de la discrecionalidad le permite al agente administrativo adoptar decisiones en un marco de legalidad tomando como base circunstancias que la ley no puede prever.

Por su parte la discrecionalidad administrativa debe ser vista y se materializa en el margen de libertad que confiere al legislador a la administración pública, para que pueda tomar decisiones según su prudente facultad, sobre cualquier asunto que este bajo su jurisdicción en el entorno turbulento donde este se desarrolle.

¹⁴⁰ STS español del 6 de mayo de 1992, Sala 3ª, Sección 6ª. PONENTE: Excmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE HERNANDO SANTIAGO Citado en Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación (apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española). *Valentín THURY CORNEJO*.

¹⁴¹ Héctor Garcini Guerra, Derecho Administrativo, Segunda Edición corregida y ampliada, Editorial Pueblo y Educación (1986). P.86

Bibliografía

- Boquera Oliver, José María: Derecho Administrativo. Volumen I. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1979.
- Constitución de la República de Cuba. Editorial de Ciencias Sociales. La Habana, 2001.
- Fernández Bulté, Julio: Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho. Editorial Félix Varela. La Habana, 2002.
- Linares Quintana, S. V: Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Parte Especial. Editorial Alfa. Buenos Aires, 1956.
- López Alvarez, Valentín: La discrecionalidad administrativa. Revista Cubana de Derecho. Enero- Junio 2000. No. 15
- Parada, Ramón: Derecho Administrativo. Parte General. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1997.
- Peraza Chapeau, José: Selección de Lecturas de Derecho Constitucional. Universidad de La Habana. Facultad de Derecho. Ciudad de La Habana, 1985.
- Pozo Chamorro, Jaime: Discrecionalidad administrativa. Artículo en Internet.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1994.

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN CUBA. UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS DEL ADMINISTRADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Esp. Erick Ortega García.

“Ciertamente, el servicio público resulta, ante todo, una técnica jurídica de actuación de determinados fines públicos; y su perspectiva evidencia un punto determinante en la potenciación de la vocación social que impregna la funcionalidad del Derecho Administrativo en cuanto subsistema jurídico.

(...) Es por ello que el servicio público deja de ser un tópico de resonancia estrictamente jurídica, para remontar su trascendencia directa como fenómeno a los planos político, económico y social en general; incluso, es también una cuestión con un importante matiz cultural, si se considera el amplio alcance de esta última expresión”.

Andry MATILLA CORREA*

“Derecho Administrativo y servicio público.

Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica.”

León Diguít sustentaba el criterio de que cuando el Estado proporciona enseñanza, transporte, sanidad, no ejerce un poder de mando; aun cuando esas actividades son regidas por un sistema de Derecho Público, el fundamento del Estado no es la soberanía sino la noción de servicio público.

* Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Miembro Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

El Estado moderno no es más que una comunidad o corporación de servicios públicos cuyos agentes son los gobernantes. Por lo tanto, es de entender que las funciones del Estado son todas aquellas actividades que los gobernantes ejercen para crear, organizar y asegurar el funcionamiento ininterrumpido de los servicios públicos. En consecuencia, cabe concluir que para esta doctrina administración y servicios públicos son la misma cosa.

Es por ello, que cuando nos referimos a que toda tarea llevada a cabo por una entidad pública, bien se trate de un órgano del Estado (Nacional, Estatal o Municipal) como persona jurídica de derecho Público de carácter territorial, o, de un ente descentralizado (Instituto Autónomo, Empresa del Estado), decimos que «son actividades asumidas por órganos o entidades públicas o privadas». No obstante, la prestación de un servicio público no puede ser irregular ni discontinua, ni debe atender a un fin particular.

Si bien existen características, que se desprenden de los servicios públicos, encontramos que el mismo debe ser prestado para cubrir necesidades de interés general, y no particular. Por lo tanto, la prestación de un servicio público no debe perseguir fines de lucro.

Generalmente, los servicios públicos son ejercidos por un organismo, pero también pueden hacerlo los particulares, bajo la autorización, control, vigilancia y fiscalización del Estado, con sujeción al ordenamiento jurídico permanente. En sentido general, están sometidos al régimen legal de derecho público, pero, también pueden estar sometidos a un régimen de derecho privado, siempre y cuando así lo disponga expresamente la Ley.

El tratamiento oficial de la materia de servicios públicos ha pasado por etapas divergentes de transformación (del Estado prestador de servicios al Estado regulador), hacia una nueva regulación jurídica e institucional donde se establece taxativamente la función ejercida por la Administración Pública como ente rector de las políticas públicas, sujeta al servicio público o interés general, estando en consecuencia al servicio de la ciudadanía sin ningún tipo de distinciones, privilegios o discriminaciones.

En los umbrales del siglo XX, la jurisprudencia administrativa francesa (del

Consejo de Estado) inició un interesante movimiento cuya evolución significaría algo definitivo para la concepción de la concesión de servicio público dentro de Francia; (142) con un importante eco allende las fronteras de esa nación, por la influencia que han ejercido las ideas francesas en el campo jurídico administrativo en otros países europeos y latinoamericanos, especialmente. En virtud de la cristalización de ese movimiento, se echarían de una vez por tierra en Francia los postulados de que la concesión administrativa era íntegramente un contrato – de Derecho Privado – en su naturaleza jurídica; los cuales habían dominado el panorama iusadministrativo en el siglo XIX francés, y habían sido sostenidos en ese ordenamiento jurídico por aquella propia jurisprudencia y un importante sector de la doctrina.

Ese movimiento (expresado en fallos precursores del Consejo de Estado francés como – por ejemplo – el de 10 de enero de 1902, *Compagnie Nouvelle du gaz de Deville-Les-Rouen*, con conclusiones del comisario Romieu; el de 21 de diciembre de 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, con conclusiones también del comisario Romieu; o el de 21 de marzo de 1910, *Compagnie Générale Française des Tramways*, con conclusiones del comisario León Blum(143)) tuvo como presupuestos de hecho generales, básicos e

⁽¹⁴²⁾ Es oportuno señalar aquí que la doctrina francesa ha dado cuenta de que la aparición de la figura de la *concesión de servicios públicos*, con autonomía real y categorial, se produce en los comienzos del siglo XX. Así, de acuerdo con lo sostenido por Jean ROUVIERE (*A quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Thèse pour le doctorat, Imprimerie Alençonnaise, Alençon, 1930, pág. 70): “(...) notamment depuis l'arrêt Thérond du 4 mars 1910, la jurisprudence du Conseil d'État fait une distinction. Elle envisage, d'une part, le marché de travaux publics, et d'autre part, la concession de service public. Le marché de travaux a pour objet la construction du travail. La concession de service public a pour objet la exploitation du travail suivant des règles précises (...).”. También para Jean DUFAU (*Les concessions de service public*, Editions du Moniteur, Paris, 1979, pág. XIX), es a partir del *arrêt Thérond*, del Consejo de Estado francés, de 4 de marzo de 1910, con conclusiones del Comisario de Gobierno PICHAT, que la *concesión de servicio público* adquiere su autonomía en relación con la *concesión de travaux publics*; del propio DUFAU, *Droit des travaux publics*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, pág. 118. En igual sentido, ver: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, 9^e édition, Montchrestien, EJA, Paris, 2005, pág. 507, y *Cours de Droit Administratif des biens*, 4^e édition, Montchrestien, EJA, Paris, 2005, pág. 648, al plantear que la distinción entre la concesión de *travaux publics* y de *service public* se remontaba en el Derecho francés al mencionado *arrêt Thérond*, y con ello la disociación entre ambas figuras y la independencia de la primera respecto de la segunda.

⁽¹⁴³⁾ Para un autor como François BURDEAU (*Historie du droit administratif*, ob. cit., pág. 283), fue el fallo del Consejo de Estado francés, *Cie générale française des tramways*, de 11 de marzo de 1910, el que revolucionó en ese país la naturaleza jurídica de la *concesión administrativa*, desplazando el punto de mira de ella, como situación homogénea y puramente contractual, hacia su consideración como

insoslayables, en ese tiempo: la necesidad inevitable de asimilar en la prestación de los servicios públicos los adelantos científico-técnicos que la dinámica social, por sus exigencias cada vez mayores, iba imponiendo; así como la defensa de los derechos de los usuarios de esos servicios.

Ante tal topografía, los retos que rodean a la técnica del *servicio público* en sus proyecciones dentro del panorama en el que se sustenta el Derecho Administrativo actual, no miran hoy tanto a la funcionalidad o recomposición de los límites conceptuales de esa categoría, sino hasta qué punto es compatible (y con ello pertinente) la subsistencia de esa técnica jurídica con los nuevos criterios por los que se hace pasar la articulación de los mecanismos para la satisfacción de las necesidades colectivas, y en qué medida conserva su valor y sus rasgos distintivos dicha técnica jurídica dentro del proceso de homogenización que impone la integración de los espacios de actuación y regulación *iuspúblicos* más allá de modelos nacionales tradicionales. En nuestra opinión, lo que resulta el aspecto caracterizador de este momento de la evolución de la figura jurídica del *servicio público*, es precisamente el hecho de que se pone en juego su pertinencia y pervivencia como técnica jurídica; y tras de ello subyace también el reto de mantener la vigencia y la oportunidad de una concepción de la interacción entre el Estado y los individuos que pretende poner a salvo el punto más frágil de esa interacción: la garantía de los intereses generales, colectivos, comunes, públicos; punto que no se identifica en sentido estricto con ninguno de esos dos extremos. Las posiciones están planteadas;⁽¹⁴⁴⁾ Los retos están identificados; la realidad de la vida social validará las conclusiones...

fenómeno mixto. Según sus palabras sobre el mencionado *arrêt*: “(...) *Rompat avec ses positions antérieures, elle admit la légalité d’une mesure préfectorale qui rendait plus onéreuse la situation d’un concessionnaire, en mettant à sa charge des obligations supérieures à celles envisagées dans le contrat, pour satisfaire les besoins des usagers. C’était révolutionner la nature juridique des concessions. On ne pouvait plus y voir une opération unique, de nature contractuelle. Elle se décomposait désormais en deux éléments: en un sens, elle était un agencement financier dont les modalités étaient fixées par les clauses du contrat; en un autre, elle s’analysait en un mode de gestion d’un service public, autorisant à ce titre l’administration concédante à modifier les conditions contractuelles dans le mesure des nécessités du service. (...).*”.

⁽¹⁴⁴⁾ En la amplia literatura iberoamericana que analiza desde una perspectiva más actual el tema del *servicio público*, pueden consultarse, entre otros, en referencia numéricamente mínima y sin ánimo de agotarla: GARRIDO FALLA, Fernando, “El concepto de servicio público en el Derecho español”, en *Revista de Administración Pública*, No. 135, Septiembre-Diciembre, 1994, Centro de Estudios

Ahora bien, previamente a la definición de Derecho Administrativo Morilla había advertido: “(...) La administración como poder es aquella parte de autoridad pública, que satisfaciendo las necesidades de la comunidad, cuida de su conservación, de su adelantamiento y perfección, así como de las personas y bienes en sus relaciones con ella, haciéndolas concurrir al bien común y ejecutando las leyes y disposiciones de interés general. Suele también llamarse administración, al ejercicio de la autoridad administrativa, o el desempeño del servicio público.”¹⁴⁵

Constitucionales, Madrid, págs. 7 y sigs.; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “Servicio público: ¿crisis o renovación?”, en AA.VV., *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 59 y sigs.; MEILÁN GIL, José Luis, “El servicio público como categoría jurídica”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 2, Septiembre-Diciembre, 1997, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, págs. 75 y sigs.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar/ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, en todo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Empresa Pública y Servicio Público: el final de una época” y “Del Servicio Público a la Liberalización desde 1950 hasta hoy”, ambos recogidos en FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, La Ley, S.A., Buenos Aires, 2002, págs. 31 y sigs. y 45 y sigs., respectivamente; CASSAGNE, Juan Carlos y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, ob. cit., en todo; CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2^{da} edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 30 y sigs.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 8^{va} edición actualizada, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2006, págs. 403 y sigs.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 8^{va} edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, págs. VI-1 y sigs.; MAIRAL, Héctor, “El Servicio Público”, en AA.VV., *El Derecho Argentino, Hoy*, División Estudios Administrativos, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, págs. 143 y sigs.; MAIRAL, Héctor, “La influencia de los Derechos francés, español y americano en el concepto de servicio público del Derecho Argentino”, en *Documentación Administrativa*, Nos. 267-268, Septiembre 2003-Abril 2004, *El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, págs. 339 y sigs.; MAIRAL, Héctor, “El concepto de servicio público en el Derecho argentino actual”, en AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 7, 8 y 9 de mayo de 2003, 2^{da} edición, Ediciones RAP s.a., Buenos Aires, 2005, págs. 229 y sigs.; COMADIRA, Julio Rodolfo, “El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 7, 8 y 9 de mayo de 2003, 2^{da} edición, Ediciones RAP s.a., Buenos Aires, 2005, págs. 17 y sigs.; COMADIRA, Julio Rodolfo, “Servicios públicos y regulación económica en la Argentina”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coordinadores) et al, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, 1^{era} edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, págs. 135 y sigs.; SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, 1^{era} reimpresión de la 1^{era} edición AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 2004, págs. 325 sigs.; D’ARGENIO, Inés, “Permanencia “anacrónica” del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar”, en BOTASSI, Carlos A. (Director) et al, *Temas de Derecho Administrativo*, En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata 2003, págs. 229 y sigs.

¹⁴⁵ 6 Morilla, José María, Breve tratado de Derecho Administrativo español general del

la función pública supone el ejercicio por parte de una autoridad pública de los poderes que son inherentes a su cargo, dictando actos susceptibles de producir efectos jurídicos. Así, cuando la autoridad administrativa competente impone una sanción como consecuencia de la comisión de una infracción o dicta resolución que resuelve un procedimiento competitivo (para determinar a quién se concede una beca, o a quién se otorga una plaza, por ejemplo), está ejercitando una función pública.

De este modo, servicio público y función pública pueden aparecer estrechamente ligados, pero son dos cosas diferentes. Conviene aquí destacar dos puntos, que contribuirán a facilitar la comprensión de algunas de las cuestiones que se tratarán posteriormente.

En primer lugar, debe notarse que la función pública implica el ejercicio de poder público, por lo que su realización está en principio vedada a los particulares, a los simples sujetos privados, si bien se admite en algunos casos que excepcionalmente éstos desarrollen este tipo de funciones si media una delegación del poder público. Los servicios públicos son, sin embargo, actividades perfectamente realizables por un sujeto privado, sin perjuicio de que en un determinado momento puedan ser realizados por los poderes públicos porque se considere oportuno ⁽¹¹⁾.

Así, un sujeto privado no puede dictar un acto administrativo; sin embargo, sí que es posible, como es sabido, que un centro puramente privado preste el servicio educativo.

En segundo lugar, debe notarse que la consideración de la Educación como servicio público no es una calificación global que comprenda necesariamente la totalidad de

reino y especial de la isla de Cuba, Tipográfica de Don Vicente de Torres, Habana, 1847. Morlilla, José María, Breve tratado..., ob. cit., págs. 3 y 4. Un siglo después, An-

tonio Lancís y Sánchez ("La primera obra cubana de Derecho Administrativo", ob. cit., pág.

172) se pronunciaba sobre ese rol que le asignaba Morlilla a la administración en las pala-

bras reproducidas, en los siguientes términos de valoración: "(...) da, de modo indudable,

un concepto que los estudios posteriores no han podido superar tampoco a mi modesto

juicio, y que, sin embargo, por haber sido olvidado por nuestra jurisprudencia, al consi- derar la naturaleza de los problemas sociales o laborales, engendró el aumento de la radi-

cación de los asuntos contencioso-administrativos, de manera inadecuada e impropia."

la actividad administrativa que se desarrolla en este sector. Como es lógico, el ámbito de la enseñanza demanda no sólo la prestación de un servicio, sino también el ejercicio de funciones públicas, es decir, precisa la existencia de autoridades que controlen y dirijan esa actividad, dictando actos administrativos vinculantes. Facultades que se extienden, además, no sólo a la educación en cuanto que es servicio público, sino también a la enseñanza puramente privada. A nadie se le escapa que una Autoridad Educativa puede tener capacidad para dictar actos administrativos dentro de su competencia, que obligarán no sólo a la educación pública, sino también a los centros privados ⁽¹²⁾.

Tenemos, pues, una primera delimitación del ámbito al que se extiende el servicio público: éste comprende únicamente el suministro de prestaciones a los ciudadanos, pero no el ejercicio de las potestades de poder público que corresponden a las autoridades públicas. Hemos dado, con ello, simplemente un primer paso, pues el conjunto de actividades comprendido dentro de este ámbito es amplísimo. Debemos, por tanto, buscar las características que permiten delimitar qué tipo de prestaciones son a las que se refiere nuestra noción.

Para ello podemos tomar como base dos grandes notas, aceptadas con carácter general, que delimitan con mayor rigor el concepto que nos ocupa: a) se trata de prestaciones esenciales, imprescindibles para un correcto desarrollo de la vida social; b) están sujetas a una intervención más o menos amplia por parte de los poderes públicos ⁽¹³⁾.

Características de los Servicios Públicos.

Según la doctrina y el ordenamiento jurídico que los rige, los rasgos más resaltantes de los servicios públicos pueden compendiarse así:

- A. Todo servicio público debe suministrarse con un criterio técnico gerencial y con cuidadosa consideración a las funciones del proceso administrativo científico: planificación, coordinación, dirección, control y evaluación, tanto en su concepción orgánica como en el sentido material y operativo.

- B. Debe funcionar de manera permanente, es decir, de manera regular y continua para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan.
- C. La prestación del servicio público no debe perseguir principalmente fines de lucro; se antepone el interés de la comunidad a los fines del beneficio económico de personas, organismos o entidades públicas o privadas que los proporcionan.
- D. Generalmente les sirve un organismo público, pero su prestación puede ser hecho por particulares bajo la autorización, control, vigilancia, y fiscalización del Estado, con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente. (Arts. 113, 184 de la CRBV.).

Clasificación de los Servicios Públicos.

En doctrina existen diferentes tipos de criterios para clasificar los servicios públicos:

1. **Esenciales y no esenciales;** los primeros son aquellos que de no prestarse pondrían en peligro la existencia misma del Estado: policía, educación, sanidad. Los no esenciales; a pesar de satisfacer necesidades de interés general, su existencia o no prestación no pondrían en peligro la existencia del Estado; se identifican por exclusión de los esenciales.
2. **Permanentes y esporádicos;** los primeros son los prestados de manera regular y continua para la satisfacción de necesidades de interés general. Los esporádicos; su funcionamiento o prestación es de carácter eventual o circunstancial para satisfacer una necesidad colectiva transitoria.
3. **Por el origen del órgano del Poder Público o ente de la administración que los presta;** Nacionales, Estadales, Distritales, Municipales y concurrentes si son prestados por cada una de las personas jurídicas territoriales: nacionales por la República u otros órganos del Poder Nacional; los Estadales son los prestados por cada uno de los Estados que integran la Federación venezolana, particularmente los señalados en la Constitución de la República o en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público citados precedentes y, los Municipales en conformidad con la Constitución de la República y Ley Orgánica del Régimen Municipal. Hay servicios públicos de competencia concurrente; son aquellos en cuya prestación concurren distintos órganos de los niveles del Poder Público, bien sean nacionales, distritales, estadales

o municipales y los hay que son prestados en forma exclusiva por órganos de la administración o por los particulares.

4. **Desde el punto de vista de la naturaleza de los servicios, se clasifican en servicios administrativos y servicios públicos industriales y comerciales;** éstos últimos específicamente referidos a las actividades de comercio, bien sea de servicios para atender necesidades de interés general o los destinados con fines lucrativos y no a satisfacer necesidades colectivas.
5. **Servicios públicos obligatorios y optativos.** Los primeros los señalan como tales la Constitución y las leyes; y son indispensables para la vida del Estado. Los optativos, el orden jurídico los deja a la potestad discrecional de la autoridad administrativa competente. Véase Art. 38 LORM.
6. **Por la forma de prestación de servicio:** Directos y por concesionarios u otros medios legales. En los primeros, su prestación es asumida directamente por el Estado (nacionales, estatales, municipales, distritales, entes descentralizados). Por concesionarios: no los asume directamente el Estado; prestan a través de concesionarios. Véase: Art. 41 LORM.

Elementos o principios fundamentales de los Servicios públicos.

- a. Iniciar y proseguir de oficio o a petición del (los) interesado (s), cualquier investigación conducente al esclarecimiento de asuntos de su competencia.
- b. Interponer, adherirse o de cualquier modo intervenir en las acciones de inconstitucionalidad, interpretación, amparo, hábeas corpus, hábeas data, medidas cautelares y demás acciones o recursos judiciales y, cuando lo estime justificado y procedente, las acciones subsidiarias de resarcimiento, para la indemnización y reparación por daños y perjuicios, así como para hacer efectiva las indemnizaciones por daño material a las víctimas por violación de derechos humanos.
- c. Actuar frente a cualquier jurisdicción, bien sea de oficio, a instancia de parte o por solicitud del órgano jurisdiccional correspondiente.
- d. Mediar, conciliar y servir de mediador en la resolución de conflictos materia de su competencia, cuando las circunstancias permitan obtener un mayor y más rápido beneficio a los fines tutelados.

- e. Velar por los derechos y garantías de las personas que por cualquier causa hubieren sido privadas de libertad, reclusas, internadas, detenidas o que de alguna manera tengan limitada su libertad.
- f. Visitar e inspeccionar libremente las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, así como cualquiera otra institución o empresa en la que se realicen actividades relacionadas con el ámbito de su competencia, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos.
- g. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.
- h. Solicitar a las personas e instituciones indicadas en el artículo 7 de esta Ley, la información o documentación relacionada al ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna y, formular las recomendaciones y observaciones necesarias para el cumplimiento de sus objetivos.
- i. Denunciar ante las autoridades correspondientes al funcionario (a) o particular que incumpliere con su deber de colaboración preferente y urgente, en el suministro de información o documentación requerida en ejercicio de las competencias conferidas en el numeral 8 de este artículo, o que de alguna manera obstaculizare el acceso a los lugares contemplados en el numeral 6 de este artículo.
- j. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo del mal funcionamiento de los servicios públicos.
- k. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del consumidor y el usuario.
- l. Promover la suscripción, ratificación y adhesión de tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, así como promover su difusión y aplicación.
- m. Realizar estudios e investigaciones con el objeto de presentar iniciativas de ley u ordenanzas, o formular recomendaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de esta Ley.

- n. Promover, divulgar y ejecutar programas educativos y de investigación para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos.
- o. Velar por la efectiva conservación y protección del medio ambiente, en resguardo del interés colectivo.
- p. Impulsar la participación ciudadana para vigilar los derechos y garantías constitucionales y demás objetivos de la Defensoría del Pueblo.
- q. Ejercer las acciones a que haya lugar frente a la amenaza o violación de los derechos humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
- r. Las demás que establecen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes.

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LAS REDES COMERCIALES MINORISTAS

LIC. DIEGO PALACIO TORRES

Las directrices de Las Naciones Unidas Para La Protección al Consumidor expresa que al elaborar políticas de protección al consumidor debe tenerse en cuenta el posible papel positivo que pueden desempeñar las universidades en la investigación, por otra parte los lineamientos de la política económica y social del Partido y La Revolución, en el Capítulo XII, Política para el Comercio, Lineamiento No 313 plantea la necesidad de aplicar una eficaz protección al consumidor, que garantice el cumplimiento de los deberes y derechos de todos los prestatarios y consumidores de bienes y servicios.

Hace algunos años, se pensaba que el problema de la protección al consumidor, no concernía sino a países desarrollados, a sociedades de consumo donde la existencia de múltiples y poderosos comerciantes privados, y la intensa actividad comercial en que participan los ciudadanos requiere de la intervención del Estado para la protección de éstos últimos ante los primeros, sin embargo la voluntad política del Estado cubano, desde los primeros años de la Revolución, ha estado orientada a este fin, desde la temprana fecha del 22 de enero de 1960, en que el Gobierno de la Revolución promulgó la "Ley 697 de Protección al Consumidor", cuyo contenido esencial era evitar el encarecimiento injustificado de la vida, impidiendo toda forma de especulación mercantil, la cual, años más tarde por el proceso de nacionalización del comercio minorista donde el Estado se convirtió en el único ente oferente de productos a la población, esta legislación se tornó obsoleta.

En marzo 12 de 1962 por la Ley 1015 se crea la Junta Nacional para la Distribución de los Abastecimientos. Por Resolución de esta Junta quedó sujeto a régimen de racionamiento un significativo grupo de productos básicos para proteger los intereses de la población consumidora, creándose un sistema nacional de garantía de alimentos básicos para todo el país; surgiendo a partir del 12 de julio de 1963 las Oficinas para el Control y Distribución de los Abastecimientos, conocido por la (OFICODA).

Más tarde surgen otros cuerpos legales que de una forma u otra protegen a los consumidores, entre ellos se destacan la promulgación de la Constitución de la República de 1976, el Código Civil, aprobado en 1987 por la Asamblea Nacional del Poder Popular y la ley 62 de 1988, Código Penal.

Al ponerse en vigor el Sistema de Protección al Consumidor en Cuba en abril de 2001, se dispone la implementación de sus bases por las entidades que desarrollan el comercio minorista, quedando en sus manos de esta manera la protección de los derechos e intereses de los consumidores, quienes acuden a ellos diariamente para en la mayoría de los casos adquirir productos que le complementan su existencia, es decir artículos de primera necesidad, lo cual debe generar una protección con

carácter prioritaria, y que en la práctica se encuentra al arbitrio de la administración de las entidades donde se adquieren estos bienes, mediante un procedimiento administrativo interno.

En la mayoría de los casos el consumidor desconoce los derechos que le asisten y el procedimiento para viabilizar una solución favorable, ante reclamaciones por productos defectuosos, unido además a la gran dispersión de las resoluciones aplicables que restringen el disfrute de los derechos como usuario o consumidor.

Para poder delimitar el concepto de consumidor y en este sentido llegar a una mejor comprensión de este, es necesario tener en cuenta los siguientes rasgos característicos:

a) El consumidor es una persona física, en la mayoría de los casos no posee intereses comerciales y no se mueve con el ánimo de lucro.

b) El fin que persigue es la adquisición de bienes o la contratación de servicios;

c) Normalmente utiliza el producto o servicio para su uso propio. Es el conjunto de reglas que integran lo que comúnmente son llamados los derechos del consumidor¹⁴⁶ es entendido como un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios¹⁴⁷.

Etimológicamente la palabra consumidor proviene del latín *consumere*¹⁴⁸: destruir; con significado de cumplir. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el consumo es el gasto de aquellas cosas que con el uso se extinguen o destruyen, y quienes realizan actos de consumo pueden ser denominados consumidores.

Desde la perspectiva económica, el consumo es el medio de satisfacer necesidades y sabemos que podemos encontrar tres categorías de bienes y servicios¹⁴⁹.

De consumo o finales, que satisfacen directamente las necesidades de los consumidores, dentro de esta categoría podemos definir los producidos para el

¹⁴⁶ Considerado que el consumidor es cualquier persona física o jurídica a la cual le son suministrados bienes o servicios para su uso particular.

¹⁴⁷ Tinti Guillermo; La protección del consumidor en la nueva legislación, Argentina, 2010. Disponible en: www.revistajuridicaonline.com

¹⁴⁸ Diccionario etimológico. Disponible en:

<http://www.latin-dictionary.net/definition/13616/consumo-consumere-consumpsi-consumptus>

¹⁴⁹ María Luisa González Herranz; La Comunicación Publicitaria en el Entorno de Protección al Consumidor, Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, España, 2001. Disponible en: biblioteca.ucm.es/tesis/inf/ucm-t25314.pdf

- consumo inmediato, (caramelos, dulces) o los que se denominan bienes duraderos, que se pueden utilizar varias veces durante largos periodos (autos, lavadoras, planchas).
- De producción o indirectos, que son utilizados en la elaboración de bienes de consumo (materias primas, para su elaboración).
- De capital, bienes duraderos que se emplean en la producción (maquinarias que se utilizan en las industrias).

En efecto, los bienes de consumo pueden ser de tres tipos y mientras que, económicamente, se puede considerar como consumidor a quien adquiera bienes de cualquiera de estos tipos, jurídicamente solo se protegerá a quienes adquieran bienes de consumo final. Esta hipótesis jurídica plantea en la práctica serios problemas de información comercial para los productos alimenticios que se venden a granel o al detalle a los consumidores pues las normas de etiquetado no se exhiben a los consumidores quedando reservados para los dependientes de los establecimientos comerciales, violando en los hechos el derecho a la información comercial, base del derecho de los consumidores.

El primer argumento que justifica esta situación es que en el caso de bienes indirectos o de capital, la relaciones de los sujetos con sus proveedores re rigen por distintas leyes que bien podrían ser de naturaleza mercantil o civil contando con acciones específicas para el caso de que los insumos que adquieran no cumplan con las características especificadas en el contrato de compraventa.

Un aspecto de gran importancia cuando se estudia el derecho del consumidor es el de su autonomía. Para Alfonso Águila Real, el derecho del consumo carece de cualquier justificación dogmática o funcional para su construcción como disciplina autónoma, porque no puede hablarse de esta sin que sea posible formular una parte general de la que evidentemente carece el derecho de consumo. Según este autor “ aunque se utilice la expresión derechos de los consumidores, no existen principios y valoraciones comunes que permitan construir un sistema jurídico o un nuevo sector normativo¹⁵⁰

Por lo tanto, al no considerarse como un cuerpo normativo autónomo su ubicación dentro de la clasificación tradicional del derecho que distingue entre derecho público y privado es también imposible.

... “ Cuando hablamos de la protección al consumidor en el derecho privado o en el derecho público hay que ser consciente de la inexactitud terminológica que se comete, puesto que el derecho privado y el derecho Público se relacionan e influyen recíprocamente en este tema hasta tal punto que raro es el sector o parcela de la problemática jurídica del consumidor cuyo tratamiento exija solo normas de uno u otro carácter “¹⁵¹ ...

¹⁵⁰ Alfonso Águila Real; Las Condiciones Generales de la Contratación, Madrid, Editorial Civitas, 1976.

¹⁵¹ Eduardo Polo; La Protección del Consumidor en el Derecho Privado, Madrid, Editorial, Civitas, 1980.

Por último, el Derecho del consumidor forma parte del derecho mercantil ya que las relaciones económicas entre el productor y el consumidor, tanto si se establecen directamente o a través de intermediarios, es decir la cadena de consumo, a partir de la elaboración del producto por la empresa fabricante hasta el último eslabón o sea el consumidor u usuario¹⁵².

El Derecho del Consumidor contiene normas de carácter administrativo que orientan la acción estatal en pos de los consumidores, normas de índole penal o al menos contravencional, normas de carácter procesal y finalmente, normas de fondo o sustantivas que señalan las cosas a las que el consumidor tiene derecho y a las que los proveedores están obligados. Estas últimas constituyen el corazón del Derecho del Consumidor, motivo por el que sobrepujan ampliamente en importancia a las otras ya señaladas.

- Normas que definen el ámbito de aplicación de este derecho especial.
 - Normas que velan por el respeto a la vida, salud y seguridad del consumidor.
- Las segundas normas se aplican al derecho humano, a la vida, a la integridad física y síquica, a la salud; así como a las relaciones de consumo determinando las obligaciones a las que está sujeto el proveedor para asegurar el respeto de los derechos anteriormente mencionados.
- Normas que regulan la responsabilidad por el hecho o daño causado por un producto o servicio viciado.
- Estas protegen el daño causado al consumidor y también a terceros extraños a la relación de consumo. Mientras que para el tercero extraño se trata de responsabilidad extracontractual, esto no resulta del todo preciso para la figura del consumidor, dado que la responsabilidad del proveedor se funda en haber entregado un producto o servicio defectuoso o viciado, lo que es un incumplimiento del contrato.
- Normas sobre calidad y cantidad de los productos y servicios suministrados.
- En caso de incumplimiento contractual, puede pedir la sustitución de la cosa, la rebaja del precio, el completamiento de la cantidad, la reparación de la cosa o la resolución con indemnización de perjuicios. La responsabilidad es objetiva porque prescinde de los elementos subjetivos presentes en las acciones; redhibitoria, invirtiéndose el peso de la prueba. El concepto de vicio se amplía puesto que consiste no sólo en defectos ocultos sino que también en defectos no ocultos y aún en la simple disconformidad entre el producto y lo que se afirma en su envase rotulación o propaganda.
- Expansión de la responsabilidad por incumplimiento de contrato por daño moral.
 - Pluralidad de sujetos responsables. La responsabilidad de los proveedores es solidaria; en ciertos casos se desconoce la personalidad jurídica para hacer efectiva estas responsabilidades.
 - Creación de un régimen de garantía legal, obligatoria e irrenunciable.

¹⁵² Abad de Shultz, Adriana Elda y Carletti, Cecilia; El derecho del consumidor. Disponible en: http://www.calz.org/areas/002_consumidor.htm

- Normas sobre cláusulas abusivas. La ley determina que cláusulas son abusivas y las sanciona con nulidad.
- Normas generales de contrato de consumo y contratos de adhesión.
- Normas sobre formación del consentimiento.

Son las normas relativas al derecho de contratar libremente y a la libertad de elección, de esto se deriva la represión de numerosas prácticas comerciales abusivas estableciendo para ello sanciones que velan por la libertad de contratación.

Anteriormente se definió al Derecho del consumidor como el conjunto de normas que tienen por objeto proteger a los que adquieran bienes o servicios como receptores finales. Por lo tanto, es posible discriminar teleológicamente, cuando una norma forma parte del Derecho del Consumidor, perteneciendo a éste si fue establecida con la finalidad expresa de proteger al adquirente de los bienes y servicios adquiridos. En cambio, si una norma protege al consumidor o le es provechosa pero sin que haya sido establecida para proteger al consumidor estamos en presencia de una norma que protege al consumidor pero que no forma parte del Derecho del Consumidor. Acontece entonces que el conjunto de normas legales que benefician al consumidor es más amplio que el derecho del consumidor en sentido estricto.

Esto ha llevado a José Ovalle Favela a decir que el derecho de los consumidores como... “ Un conjunto de normas impropias que benefician a los usuarios pero que no fueron establecidas con la finalidad expresa de protegerlos¹⁵³ “... Así es posible citar al Derecho Civil, que establece numerosos principios que son provechosos para el consumidor. El Derecho Penal que reprime diversas conductas perniciosas. El Derecho Sanitario; pero entre los ordenamientos jurídicos que benefician al consumidor y no forman parte del Derecho sobresale el Derecho de la Competencia. Ahora bien en cuanto a los derechos que le son inherentes a los consumidores se encuentra el derecho a la información, este derecho no constituye una categoría propia de los derechos del consumidor, sino que es parte del contenido de la oferta, y materia de todo el Derecho civil y comercial. Sin perjuicio de esta afirmación, la experiencia indica que no se respeta este axioma, siendo la desinformación la regla. Ello impide acceder dignamente al consumo, por cuanto dificulta tal acceso las irregularidades y deficiencias de la información. La información consistirá en toda aquella especificación técnica esencial que sea de utilidad a un simple usuario o consumidor, como ser su utilidad prevista por el fabricante. Debe ser veraz y objetiva, detallada y eficaz, y entregada por medio de comunicación. Debiendo instrumentarse por escrito, a través de manuales en idioma nacional, sobre el uso, instalación y mantenimiento de la cosa o servicio que se trate, brindándole un adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos que se trate de artículos importados, siendo responsables los productores, distribuidores o comercializadores de cosas o servicios, del contenido de la traducción. Entre otros derechos se encuentra

¹⁵³ José Ovalle Favela; Derechos de Consumidor. México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.

la seguridad y protección a la salud, la educación a la hora de adquirir un producto o el disfrute de un servicio, el derecho a ser resarcido cuando le son vulnerados estos derechos; de esta forma, se plantea que la publicidad es un excelente medio de transmisión de la información permitiéndonos saber que una cosa existe.

El consumo ha existido desde siempre, sin embargo fue a partir de la revolución industrial, donde el capitalismo se erige como sistema político frente al obsoleto y caduco feudalismo, cuando la protección de los consumidores se volvió indispensable, puesto que la producción en serie daba lugar a la posibilidad de que los productos no cumplieran con los estándares mínimos de calidad.

La introducción de la máquina, permitió la producción masiva y en serie, y ese aumento de la cantidad de productos exigen ser ubicados en el mercado, lo que trajo aparejado que el tráfico comercial se abriera fuera de los países productores.

El Marketing pasó a jugar un rol importante en la promoción, distribución y comercialización porque con ella se incita a comprar.

Se puede definir que los derechos del consumidor son prerrogativas que se les confiere específicamente a los consumidores en sus relaciones de consumo con los proveedores de bienes y servicios, que no son asumidos por las legislaciones hasta la segunda mitad del siglo XX¹⁵⁴.

Antes se hacían derivar de los contratos que los consumidores celebraban con los proveedores, basados en las normas civiles y de comercio, los cuales en términos generales eran insuficientes y es por ello que gradualmente comienza a percibirse la necesidad de una especial protección a este tipo de relaciones particulares, debido a la desigualdad cada vez mayor entre el consumidor y el mercado, que no lograba equilibrarse con las normas del derecho civil y comercial. Lo que en buena medida ha estado matizado por la creciente expansión del mercado y la dependencia de él de los individuos.

El contrato civil no otorgaba una protección específica a los consumidores y se basaba en el principio de la autonomía de la voluntad o de la libertad de estipulaciones. Desde un ficticio plano de igualdad entre las partes que no garantizaba la equidad en las relaciones de consumo, a partir de la creciente dependencia del individuo del mercado.

La protección jurídica a los consumidores vienen a quedar consagrados como resultado desde los años 60 en los Estados Unidos, como los derechos básicos de los consumidores la protección y seguridad de los mismos, el derecho a ser informados, a la elección, y a ser escuchados, posteriormente en Europa se realizan pronunciamientos con relación a estos derechos, tal es el caso de la Carta Europea

¹⁵⁴ María Luisa González Herranz; *Ibid.*

de Protección a los consumidores, de mayo de 1973; y el Programa Preliminar de Protección e Información a los Consumidores, de abril de 1975.

El 16 de abril de 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó las denominadas "Directrices para la Protección del Consumidor", solicitando además a los estados miembros se ocuparan en elaborar documentos conexos destinados a llevar esta protección a cada nación, Estableciendo en esta resolución como derechos básicos de los consumidores el derecho a la Información, divulgación y educación, a la protección a la vida, salud y seguridad, a la reclamación directa, solución oportuna y efectiva, el acceso fácil, oportuno y eficaz para prevenir y reparar daños, la protección contra publicidad engañosa y métodos comerciales abusivos y desleales, la participación y consulta y a recibir Información sobre indicadores confiables, así como a organizarse en asociaciones, ligas o veedurías, a recibir orientación en ejercicio de sus derechos y un tratamiento equitativo y no abusivo.

A la postre en las legislaciones aprobadas por diferentes Estados en relación a los derechos del consumidor se observan nuevas tendencias entre las que tienen especial importancia la intervención del Estado en a través de la Regulación y el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información a suministrar al público y la supervisión además de facilitar las vías y mecanismos para la realización de reclamaciones directas, la solución oportuna y efectiva, el acceso a la vía jurisdiccional, así como facultades judiciales de las autoridades de supervisión, acciones populares individuales y de grupo para la protección de los derechos e intereses colectivos, el reconocimiento a las asociaciones de consumidores y de las acciones populares en defensa de los derechos de los consumidores, la responsabilidad del empresario prestador del servicio.

El tema de los derechos del consumidor ha venido transitando hacia un nuevo enfoque, en lo que se ha caracterizado como la cuarta etapa de su desarrollo histórico, aun de reciente aparición y estrechamente vinculada al desarrollo sustentable. Aquí la preocupación por el medio ambiente se manifiesta a través de la racionalización de los hábitos de consumo. Es el nuevo capítulo del derecho del consumidor, en él no sólo se reconocen derechos a los consumidores sino también deberes, ya que el objetivo no solo es protegerlo de los abusos del mercado sino preservar el medio ambiente a los efectos de asegurar las posibilidades de acceso al consumo para las futuras generaciones de consumidores.¹⁵⁵

En esta se destaca la inquietud por la capacidad de consumo, frente a una desigualdad que lleva a distinguir entre los países del primer mundo y los países subdesarrollados, cuestión del que trató en la "Cumbre de la Tierra", celebrada en Río de Janeiro que en su programa precisamente dentro del capítulo 4 alude a: Evolución de las modalidades de consumo proponiendo como objetivos generales¹⁵⁶:

¹⁵⁵ Cristian Ricardo Piris; Evolución de los derechos del consumidor, Argentina, Editorial. Universidad Nacional del Nordeste, 2000.

¹⁵⁶ Vid. Agenda XXI Naciones Unidas; Secretaría de Desarrollo Social. Disponible en:

www.un.org/spanih/esa/sustdev/agenda21/

a) Promover modalidades de consumo y producción que reduzcan las tensiones a que se somete el medio ambiente y satisfagan las necesidades básicas de la humanidad;

b) Manejar la comprensión de la función que desempeña el consumo y la manera de originar modalidades de consumo más sostenibles.”

Así la relación del consumo y el medio ambiente ha venido cobrando especial relevancia, la percepción del consumo como un hecho social que involucra una serie de conductas, actitudes y modos de vida provoca la aparición de problemas individuales y colectivos que condicionan la calidad de vida de los miembros de una sociedad por lo que los consumidores y la sociedad en su conjunto deben dar respuesta a estos problemas, con responsabilidad ante la evidencia de la necesidad de preservar el medio ambiente como única vía de supervivencia de la especie humana.

El consumismo irracional y desmedido implica un serio compromiso para el ecosistema, la calidad del aire y las aguas, la calidad de zonas naturales como parques, playas, paisajes, por lo que se ha impuesto la necesidad de promover un consumo sustentable y lograr una participación social y formar una conciencia ciudadana crítica y participativa con la que se motive la creatividad en acciones que protejan al medio ambiente.

Por lo que se hace necesario cultivar hábitos y generar acciones para reducir al mínimo la generación de desechos y fomentar el ahorro de energía, el reciclaje tanto en las industrias como a nivel del consumidor, reducir el material innecesario de envases y embalajes y formar una cultura para que el consumidor se preocupe por conocer de dónde vienen, cómo se fabrican y qué desechos generan los productos que consumimos se hace así necesaria la formación de un consumidor responsable, persona informada y consiente de sus hábitos de consumo que además de conocer y exigir sus derechos como consumidor, busque la opción de consumo con el menor impacto negativo posible sobre el medio ambiente y con un efecto positivo en la sociedad.

Hablar de consumo sustentable significa tener en cuenta que millones de personas y aun países enteros no tienen acceso ni siquiera al consumo mínimo que posibilite una subsistencia digna, por ello, la promoción del consumo sustentable debe estar dirigida a convocar a la población a consumir de forma racional. “El consumo sustentable significa satisfacer las necesidades humanas básicas sin socavar la capacidad del medio ambiente de colmar las necesidades de las generaciones presentes y futuras...”

Por otra parte el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado ha sido planteado como un derecho subjetivo y aunque existen posiciones doctrinales encontradas esta tesis ha sido ampliamente defendida.

No obstante a pesar de la intención manifiesta de la comunidad política internacional en cuanto a la necesidad de una sostenibilidad en el consumo la oleada neoliberal que arrasa al mundo determina en que las diferencias entre ricos y pobres sean cada vez más profundas y fundamentalmente en los países del tercer mundo se contamine

en función de mantener estándares de vida en los países ricos que son sencillamente insustentables.

Las políticas ecológicas de conservación de la naturaleza, quedan subordinadas a criterios de mercado. El derecho a vivir en un medio ambiente sano es casi una utopía y se promueve como necesaria una política que haga privado el aire, el agua, el mar. Ya en muchos de nuestros países esto ocurre y se han dividido el mar territorial a través del sistema de concesiones¹⁵⁷.

A fines de 1986 tiene lugar en Montevideo, Uruguay, la I Conferencia Regional de Organizaciones de Consumidores, en la que se definen los planes y programas a desarrollar, se precisaron los problemas y temas sobre los cuales adoptaron políticas para la acción que se constituyen en desafíos importantes. Así, el primer tema que surgió con fuerza fue el de la crisis económica y sus efectos en los consumidores. Preocupan asuntos como la gran distancia que se establece entre el sobre consumo de los sectores de altos ingresos y el subconsumo de la gran mayoría que ha perdido el poder adquisitivo como efecto de la inflación. En tanto el aparato productivo está al servicio de las necesidades de una minoría que tienen el nivel más alto de consumo, los recursos agrícolas son manejados y usados de manera irracional. Es en relación con este problema que se plantea como necesidad principal la orientación y defensa del consumidor en América Latina.

Otro tema importante es el de la información. Si los consumidores no pueden ejercer su derecho a la información son presa fácil de políticas de la comercialización que no solo afectan sus escasos recursos económicos individuales y nacionales, sino que también ponen en riesgo su salud y sus vidas. En relación con este punto se alega que resulta necesario que las organizaciones de consumidores consideren la importancia de la capacitación e información como campos de acción que contribuyen a que los consumidores sean conscientes de sus derechos. Sólo un consumidor consciente e informado será capaz de poner freno a todo aquello que atente contra sus intereses y necesidades. Todos estos y otros son los temas a través de los cuales el movimiento de consumidores de América Latina se ubica frente a los desafíos que significan el aumento de la pobreza y la marginación; la eliminación creciente de amplias capas de la población de la posibilidad de acudir al mercado; la creciente actividad de las multinacionales que controlan los mercados de producción imponiendo pautas que nada tienen que ver con las necesidades de los consumidores, el establecimiento de políticas recesivas y modelos neoliberales que junto a la deuda externa están ahogando las posibilidades de desarrollo de los países latinoamericanos.

La Ley Federal Mexicana de Protección al Consumidor de diciembre de 1992, expresa en su artículo 92 que los consumidores tendrán derecho a la reposición del producto, a la bonificación, a la compensación o a la devolución de la cantidad pagada a su elección cuando el contenido neto del producto entregado sea menor a la indicada en el envase o empaque, siempre considerando los límites de tolerancia permitidos por

¹⁵⁷ Vid. Francisco Iturrasp; Derecho y ética ambiental y laboral en la era de la mundialización. Disponible en: www.ecologiapolitica.org

las normas aplicadas. También procede si el bien no corresponde a la calidad, marca o especificaciones y demás elementos sustanciales bajos los cuales se hayan aplicado o si el bien reparado no queda en estado adecuado para su uso o destino, dentro del plazo de garantía.

También prevé el acceso del consumidor a los órganos administrativos y jurisdiccionales para hacer valer sus derechos lacerados a través de la Procuraduría Federal del Consumidor, órgano descentralizado del gobierno federal que tiene la función de promover y proteger los derechos intrínsecos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedor y consumidor¹⁵⁸.

El acceso del consumidor a la procuraduría se puede dar a través de dos formas.

Mediante el proceso conciliatorio en virtud de la cual el consumidor elabora una reclamación comercial por incumplimiento de obligaciones, dirigida al proveedor, dicha reclamación interrumpe la prescripción de las acciones que el consumidor pueda ejercer contra el proveedor. Admitida la reclamación la procuraduría debe señalar el día y la fecha para la celebración de la audiencia de conciliación, el artículo 111 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece que entre la fecha de notificación de la reclamación al proveedor y la audiencia debe mediar 4 días como máximo, tiempo suficiente para que el proveedor pueda rendir su informe con los hechos y comparecer a la precitada audiencia. Si las partes se ponen de acuerdo se culmina con la elaboración de un convenio conciliatorio dando fin al diferendo¹⁵⁹.

Cuando las partes no llegan a un acuerdo la procuraduría los invita a que designen a un árbitro, el cual debe leer los informes de las partes para dar un veredicto, de no estar de acuerdo en someter las diferencias al arbitraje, el conciliador debe dictar una resolución que ponga fin al procedimiento conciliatorio y deje la vía expedita a otros procesos legales para hacer valer sus derechos¹⁶⁰.

El procedimiento administrativo contra el proveedor por infracción de ley, puede incoarse de oficio o mediante la denuncia del consumidor, que se inicia a través de una resolución emitida por la procuraduría que ordene su inicio, la que se notifica al probable infractor que de prosperar se aplican sanciones administrativas como la multa, clausura o arresto.

Contra la resolución que dicte la procuraduría al concluir este procedimiento, procede el recurso administrativo de revisión ante la propia procuraduría, del cual conoce el funcionario superior jerárquico del que emitió la resolución combatida.

¹⁵⁸ José Ovalle Favela; *Ibid.* P 83.

¹⁵⁹ *Idem.* P 85.

¹⁶⁰ *Idem.* P 93.

El proceso jurisdiccional especial no existe en el Código de Comercio mexicano, para tramitar las demandas que los consumidores interpongan contra los proveedores debe sustanciarse a través del juicio ordinario mercantil, conforme lo dispone el artículo 1377 del referido cuerpo legal¹⁶¹.

No obstante, cuando el consumidor acude con un título ejecutivo (laudos arbitrales emitidos por la procuraduría, los convenios conciliatorios aprobados por ella, que contengan una deuda cierta, líquida y exigible). Podrá presentar la demanda por la vía ejecutiva mercantil.

El caso de España constituye un ejemplo de coordinación de la Constitución y la norma sustantiva así como los mecanismos que instrumentan la protección al consumidor.

El artículo 11, apartado primero plantea:

" El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento".

También les otorga a los consumidores y usuarios una serie de garantías y responsabilidades en su Capítulo VIII, ejemplo de ello se cita:

Artículo 25. El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes (aquí se incluyen los de primera necesidad) o la utilización de productos o servicios les irroguen.

Un elemento de gran importancia lo constituye el hecho de que la ley privilegia a la hora de ofrecer protección a "productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado",

Por todo ello se hizo necesario establecer un catálogo que contuviera una determinación concreta y precisa que evitara dudas en cuanto a qué bienes, productos o servicios debían entenderse incluidos en esa categoría y en su virtud se dispuso el Real Decreto 287 de 8 de marzo de 1991, "Por el que se aprueba el catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", en cuyo Anexo 1 podemos encontrar en la categoría de "bienes de uso o consumo común, ordinario y generalizado" los siguientes:

¹⁶¹ *Idem.* P 96.

1. Productos alimenticios (Carnes y derivados, pescados y derivados, leche y derivados, hortalizas y verduras, condimentos y especias, agua, alimentos estimulantes y derivados, entre otros).
2. Productos no alimenticios (Productos de perfumería, cosméticos e higiene personal, artículos para vestido y calzado y sus accesorios, medicamentos y productos sanitarios, muebles, accesorios y enseres domésticos, productos de limpieza del hogar, entre otros).

Sin lugar a dudas se puede afirmar que estos "productos de uso o consumo común", constituyen "artículos o bienes de primera necesidad", a los cuales la ley les otorga protección prioritariamente con respecto al resto de los bienes que no se encuentran en esta categoría.

La legislación española no resulta demasiado generosa con los consumidores en el área de su protección procesal, pues en realidad no existe una normativa concreta, suficiente y adecuada que desarrolle el mandato del artículo 51 de la constitución española, sin embargo no podemos obviar el papel que desempeña el sistema arbitral, el cual consta a través de la creación de las Juntas Arbitrales de Consumo, vinculadas a la Administración Pública y al Instituto Nacional del Consumo.

La Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios vigente es el Real Decreto Legislativo 1/2007, aprobado el 16 de noviembre de 2007 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 30 de noviembre de ese año, reemplazando a su antecesora, la Ley 26/84 de Defensa de los Consumidores.

Contiene el reglamento de condiciones generales que se incluyan en contratos con consumidores (son personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios como destinatarios finales). Tiene régimen igual que las Condiciones Generales de la Contratación. Tiene como novedad que regula las cláusulas abusivas, establece unas normas generales de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, y enuncia una lista de cláusulas concretas que son abusivas.

El Real Decreto 19/2014, del 17 de enero del 2014 crea la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición¹⁶² y se aprueba su estatuto.

El nuevo organismo nace con una vocación integradora y de cooperación de todos los agentes involucrados en la garantía de la seguridad de los consumidores, en su sentido más amplio y permite abordar la protección de los consumidores y usuarios desde un único órgano administrativo bajo una sola dirección que garantice la unidad de criterio, dificulte las disfunciones en el cumplimiento de las tareas y haga ganar en eficacia y eficiencia la gestión de la Administración General del Estado.

¹⁶² Vid. Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Disponible en : www.aecosan.msssi.gob.es/

La decisiva influencia de los jueces en la evolución del derecho norteamericano, se ha hecho patente en esta materia a través de resoluciones en casos guías (leading cases) principalmente en el campo de la responsabilidad objetiva.

El derecho precedente norteamericano la responsabilidad objetiva se basa en el principio de que la cosa responde por sí misma, de sus defectos y de sus cargas y limitaciones y por lo tanto el empresario responde frente a cualquier adquirente responsabilidad que comprende el daño patrimonial, el afectivo y el moral.

La jurisprudencia norteamericana también reconoce los daños indirectos o consecuentes (*consequential damages*), o sea el fabricante de un producto dañoso en los Estados Unidos, no sólo responde de los daños que causa a la salud al consumidor, sino también a los perjuicios indirectos que sufra.

El Código de Comercio que se ha adoptado de manera uniforme en todos los Estados de la Unión, regula detalladamente las garantías implícitas a los consumidores y restringe grandemente la facultad del proveedor de excluir o modificar su responsabilidad.

Las leyes de protección al consumidor han proliferado en toda la federación ejemplo de ello tenemos a la *Fair Packaging and Labeling Act* 1966; la *Consumer Product Safety Act* de 1992 que en sus 188 secciones reglamenta el derecho de los consumidores.

Por último, es digno de mencionar la existencia de órganos administrativos como la *Federal Trade Comisión* y la *Food and Drug Administration* que intervienen en todo lo relacionada a la protección a los consumidores.

A partir del 2007, Estados Unidos enfrentó la crisis financiera más grave desde la Gran Depresión. Millones de estadounidenses vieron caer el valor de sus casas, hundirse sus ahorros, perderse sus puestos de trabajo y perderse el financiamiento de sus pequeños negocios. Era difícil obtener crédito y un sinnúmero de préstamos de consumo. Muchos mal hechos, para empezar entraron en mora. Hoy en día, todavía está en proceso de recuperación.

Durante muchas décadas, el aumento de los salarios y de los ahorros significaba que las familias estadounidenses tendían a llevar sólo modestas cantidades de deuda. Pero el estancamiento de los salarios que se inició en la década de 1970, combinado con el aumento de los gastos para el cuidado de la salud, la vivienda, el transporte, el cuidado infantil y los impuestos, llevó a más familias a endeudarse. Al mismo tiempo, los hogares registraron un aumento significativo en el acceso al crédito y desaparecieron muchas de las antiguas normas que regulaban el crédito. En la década de 2000, hubo fallas generalizadas en la protección del consumidor y crecimiento rápido en las prácticas irresponsables de préstamos. Muchos prestamistas se aprovecharon de las brechas en el sistema de protección del consumidor mediante la venta de hipotecas y otros productos que se complicaron demasiado.

Esto dejó a muchos estadounidenses con préstamos que no acabaron de entender y no pudieron pagar. Aunque algunos prestatarios a sabiendas asumieron demasiadas deudas, millones de estadounidenses que se comportaron responsablemente fueron atraídos también hacia préstamos impagables con promesas engañosas de pagos bajos. Los prestamistas honestos que resistieron la presión de vender productos complicados tuvieron que competir con sus competidores menos responsables.

Incluso aquellos que evitaron las tentaciones de crédito excesivamente arriesgado quedaron atrapados en su red. Los que nunca sacaron una hipoteca impagable sin embargo vieron el valor de sus casas desplomarse cuando los vecinos perdieron sus casas en ejecuciones hipotecarias. Los que utilizaron tarjetas de crédito y líneas de crédito hipotecario responsablemente vieron aumentos generales en las tasas de interés de las tarjetas de crédito y la contracción de las líneas de crédito pendientes.

Y los que habían ahorrado regularmente vieron sus fondos de jubilación perder valor significativo y sus ciudades y estados redujeron los servicios para compensar las pérdidas de ingresos propios.

Los costos de los préstamos irresponsables fueron sufragados por decenas de millones de familias estadounidenses.

En junio del 2009, el presidente Obama propuso mejorar las deficiencias de protección de los consumidores mediante el establecimiento de un nuevo organismo financiero que se centrara directamente en los consumidores, en lugar de la seguridad y la solidez bancaria o la política monetaria. Este nuevo organismo aumentaría la responsabilidad del gobierno mediante la consolidación de las responsabilidades que habían sido descentralizadas.

La agencia también supervisaría y haría cumplir las leyes federales de protección al consumidor para los proveedores de productos y servicios financieros que escapaban a la supervisión federal regular. Esta agencia protegería a las familias de las prácticas financieras injustas, engañosas, y abusivas.

El Presidente instó al Congreso a dar a la agencia de protección del consumidor, las mismas responsabilidad e independencia que poseen las otras agencias bancarias y fondos suficientes para que pueda garantizar que las poderosas empresas financieras cumplan con las leyes de protección al consumidor.

En julio de 2010, el Congreso aprobó y el presidente Obama firmó la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor. La ley creó la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor (CFPB) por sus siglas en inglés. El CFPB consolida la mayor autoridad federal de protección financiera al consumidor en un solo

lugar. El servicio al consumidor se centra en un objetivo: vigilar el mercado de productos y servicios financiero en beneficio de los consumidores estadounidenses¹⁶³.

Las funciones principales de la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor son:

- Redactar normas, supervisar a las empresas y hacer cumplir las leyes financieras federales de protección al consumidor.
- Restringir las prácticas o actos desleales, engañosos o abusivos.
- Hacer cumplir las leyes que prohíben la discriminación y otros tratos injustos relacionados a las transacciones financieras.
- Recibir las quejas de los consumidores.
- Promover la educación financiera.

El sistema de economía socialista de Cuba que tiene su fundamento económico básico en el predominio de formas socialistas de propiedad y de producción determina, sin dudas, que aunque semejante, no representa de igual forma la problemática de los consumidores en el país que el resto de América Latina. Se manifiesta como elemento distintivo el hecho de que una parte de los servicios a la población y casi toda la venta de artículos de uso y consumo tienen como distribuidor en Cuba a empresas y organizaciones económicas estatales. Esto motiva que el problema fundamental de la protección a los consumidores no es el de protegerlos de empresarios o monopolios que buscan el lucro a toda costa y poco le importa las posibilidades y necesidades de su contraparte, sino el de proteger a los consumidores del desequilibrio jurídico que se deriva de la superioridad económica y de poder de las entidades estatales u otras; de las consecuencias de la utilización casi generalizada de formas de contratación por adhesión a condiciones establecidas y de la proliferación de disposiciones jurídicas sobre los diferentes contratos que no llegan a ser de conocimiento y dominio por los consumidores.

La Constitución de la República de Cuba del 24 de febrero de 1976 y reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en su XI período ordinario de sesiones de la III Legislatura en julio de 1992, establece que “El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos, promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país” y precisa que “ El Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son reguladas por la ley... El Estado no responde a las obligaciones contraídas por las empresas, entidades u otras personas jurídicas y éstas tampoco

¹⁶³ Cfr. Sitio digital la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor (CFPB). Disponible en: www.consumerfinance.gov/es/quienessomos/

responden de las de aquel”.

En la sociedad cubana como en muchas otras de América Latina el consumidor no encuentra multiplicidad de fuentes para satisfacer sus necesidades, pues el grado de desarrollo de su economía y la crisis económica actual motivada por múltiples factores, no lo permiten así. Luego el usuario o consumidor tiene que someterse imperiosamente a la voluntad del único proveedor y aunque aquí este proveedor está

obligado a responder a los intereses generales de nuestro Estado de garantizar las necesidades básicas de sus ciudadanos y de proporcionarle un desarrollo físico y espiritual adecuado y ascendente, en lo particular el consumidor individual es débil ante estas profesionales y organizadas entidades y no todos logran ver por igual garantizadas y satisfechas con calidad sus múltiples y variadas necesidades. Muchos autores señalan que el límite del consumo en los diferentes países de América Latina está en el poder adquisitivo de los ciudadanos que, por demás, es bastante bajo en buena parte de su población: sin embargo, aunque esto lógicamente es una ley para cualquiera, pues para consumir hay que pagar.

En el caso de Cuba, el Estado trata de garantizar que todos por igual posean medios que les permitan satisfacer decorosamente sus necesidades, sólo que el grado de desarrollo económico y la distribución socialista de los bienes encuentra limitación en los recursos disponibles. El desarrollo económico es pues, sin dudas, la clave para garantizar en nuestro país de forma creciente los derechos de los consumidores. No obstante, a pesar de estas limitaciones y en el marco de ellas, como ya apuntamos, se presenta la desigualdad jurídica, económica y psicológica entre los diferentes sujetos de Derecho, por lo que escapamos al problema universal de la protección de los derechos de los consumidores. Por demás este es un mecanismo que lejos de estar reñido con el sistema por la homogeneidad de intereses que le es propio, sirve como motor impulsor para su perfeccionamiento, como contrapartida y retroalimentación a la gestión de las empresas de producción, comercio y servicios.

En Cuba, la protección al consumidor ha tenido hasta el momento el objetivo de educar, orientar e informar a la población en función de la oferta en el marco de la economía planificada y un papel rector en esta actividad le ha correspondido al Instituto Cubano de Investigaciones y Orientaciones de la Demanda Interna, a través de los diferentes estudios e investigaciones que en el campo de las necesidades y demandas de la población éste realiza. Por otra parte, con el objetivo de garantizar los derechos de los ciudadanos a la satisfacción de sus necesidades y velar por el cumplimiento de la legalidad de las entidades encargadas de proveer a éstos los medios para ello, se da tratamiento punitivo a toda conducta transgresora de las normas establecidas en relación con ello. Así el vigente Código Penal protege a los consumidores con la formulación de figuras que reprimen el engaño a los consumidores a través de la producción, entrega de artículos incompletos, la venta de los que estén deteriorados o en mal estado de conservación, el cobro de mercancías o servicios por encima de su precio oficial y el que propicia la sustracción, extravío, deterioro o destrucción de los bienes

entregados para ser objeto de prestación de algún servicio; así también se sanciona la especulación y el acaparamiento por parte de los ciudadanos que desestabilizan el mercado y afecta y viola los derechos de los demás, la comercialización o elaboración de mercancías de baja calidad, la infracción de normas para prevenir y combatir enfermedades y plagas de animales y plantas, así como la contaminación de las aguas, pero en la práctica en la provincia Las Tunas nunca se ha incoado ningún proceso penal con estas figuras delictivas.

El papel rector en el control y preservación de la legalidad socialista ha sido asignado por la Constitución de la República a la Fiscalía General, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales.

El sistema de protección jurídica en el orden sustantivo de los múltiples derechos de los consumidores y en el orden procesal del derecho o defensa adoptado por Cuba hasta el momento es el de una protección bastante fraccionada, encaminada a reglamentar la actividad de diferentes organismos de la Administración Central del Estado y la observancia por las entidades de las disposiciones de éstos que en última instancia dan protección en diferentes aspectos a los ciudadanos que se hagan consumidores o usuarios de alguna entidad. Así también, otros organismos reglamentan en particular determinados contratos, por lo general de servicios que se prestan masivamente y de forma estable, determinándose las condiciones en que éstas se ofrecen aunque el objetivo central de dicha regulación no es el de proteger al consumidor sino el de darle el servicio según las posibilidades e intereses de las entidades.

De esta manera se incorporan a la actividad de protección del consumidor organismos tales como el Ministerio de Finanzas y Precios, Ministerio de Salud Pública y Ministerio de Comercio Interior, los que tienen entre sus funciones las de:

- Aprobar las normas técnicas y las disposiciones sobre normalización de carácter nacional y controlar la elaboración de las normas ramales;
- Organizar, planificar y ejecutar la inspección estatal sobre la implantación y observación de las normas, estado y utilización de los medios de medición y control de la calidad de la producción y los servicios;
- Establecer los precios y tarifas acorde al producto o servicio, así como ejercer la inspección sobre éstos;
- Establecer y controlar las normas que regulan la circulación mercantil y la distribución de los bienes de consumo mediante el comercio mayorista y minorista, los servicios comerciales, de gastronomía, alimentación social y uso personal, así como acopio de productos agropecuarios;
- Ejercer el control epidemiológico de enfermedades y el control sanitario de todos los productos que pueden tener influencia sobre la salud humana.

La Ley No. 59 de 1987 "Código Civil cubano" regula por su parte un conjunto de contratos donde aparece la figura del consumidor, así tenemos las relaciones con la prestación de servicios, incluyendo los que requieren la entrega del objeto; la compraventa en establecimientos de comercio minorista, con independencia del contrato de compraventa, el transporte de pasajeros, el hospedaje, los servicios

bancarios. En su regulación establece derechos de los usuarios y consumidores que deben ser observados por la contraparte tales como la garantía de la calidad, la obligación del proveedor de responder por ésta; el derecho a la resolución del contrato; la rebaja del precio; el derecho a la reparación de daños e indemnización de perjuicios sufridos; el derecho a la reclamación ante la entidad que vende o presta servicio; el derecho a ser informado de las características y condiciones en que se presta el servicio, entre otros. Sin embargo es necesario constatar que en la práctica son múltiples los problemas que se encuentra el consumidor y por lo general éste se siente desamparado e imposibilitado de lograr efectivamente que se observen sus derechos y de satisfacer con calidad su requerimiento:

- El consumidor no puede llegar a conocer toda esa legislación dispersa de donde se derivan sus derechos; nótese que el Código Civil que es el más asequible y especializado regula múltiples instituciones, no sólo lo referido a estos contratos y a los derechos del consumidor;
- El consumidor se encuentra solo frente a la entidad, se siente débil, no tiene dominio del respaldo jurídico y si la entidad no es receptiva a su reclamación, le resulta engorroso y desconocida la vía judicial para continuar con su reclamación.

Por otro lado, existen normativas que regulan algunas situaciones que pueden ser entendidas como protectoras a los derechos del consumidor como es el caso del Decreto No 155 de fecha 1 de noviembre de 1989. “ Contravenciones de Las Regulaciones Sobre Comercio Minorista. Gastronomía y Determinados Servicios ” que imponen multas casi simbólicas a los que contravienen las precitadas regulaciones, donde los montos oscilan entre 5 y 50 pesos en moneda nacional.

El Decreto No 227, de fecha 1 de noviembre de 1996, “ De Las Contravenciones, Multas y Demás Medidas a Aplicar Por La Violación de Las Normas Que Rigen La Política de Precios y Tarifas Minoristas ”, donde las multas a imponer son algo superiores, entre 75 y 300 pesos.

Empero, todos estos mecanismos no logran la eficacia y agilidad necesaria de la vía procesal para proteger los derechos del consumidor, incluso la vía judicial es entorpecida por la falta de especialización de los tribunales civiles, que se enfrentan ahora a nuevos conflictos, donde se trata de proteger a una parte frente a otra más poderosa, por lo que por lo general no se conocen de estos casos y se insiste en la vía administrativa, mediante un procedimiento interno para dirimir el conflicto.

En nuestra sociedad actual, sobre todo en las ciudades, el tiempo es un bien escaso y valioso. La complejidad de las relaciones laborales, los vínculos sociales, los problemas con el transporte y otras, hacen que la disponibilidad de tiempo para cumplir con las obligaciones de todo tipo se vuelva numerosas veces una constante de tensión y estrés.

Con el exponencial aumento en las relaciones de mercado, han hecho aumentar en los últimos años la cantidad de operaciones de consumo que realizan los consumidores, con los consecuentes riesgos y vicisitudes. Igualmente, aumentan

también los peligros y las conflictividades, con la también firme necesidad de recurrir al escaso tiempo para afrontar los mismos.

La protección legal de los derechos de los consumidores son prerrogativas que se les confiere específicamente a los consumidores en sus relaciones de consumo con los proveedores de bienes y servicios, que no son asumidos por las legislaciones hasta la segunda mitad del siglo XX, en que se produce un cambio primordial en el mercado. Por primera vez, la figura del consumidor comienza a cobrar importancia, una importancia que con el paso del tiempo irá acrecentando, hasta instituirse como el principal motor del mercado. Así, el consumidor va a pasar de desempeñar un papel pasivo a desempeñar un papel activo que será esencial para el desarrollo económico.

Sin lugar a dudas, entre los cambios experimentados por la figura del consumidor dentro del proceso de la actividad económica está la constatación de que como importante y fundamental elemento del mercado tiene una serie de derechos que deberán ser respetados.

Consciente de la existencia de sus derechos como consumidor y de la necesidad de la protección de los mismos, el consumidor va a responsabilizar a los poderes públicos de su defensa y protección.

La existencia en países como España, México y Los Estados Unidos, de leyes específicas para la protección al consumidor, garantiza que estos cuenten con instrumentos legales efectivos para la protección de sus derechos.

En Cuba el insuficiente reconocimiento a la Protección al Consumidor en la Constitución, Código Civil, Código Penal y la gran dispersión de las resoluciones aplicables, restringe el disfrute de los derechos de los consumidores. Por lo que resulta necesario atemperar la legislación, para así garantizar plenamente los derechos que les asiste.

Sólo unificando en un solo cuerpo normativo, con rango de ley todos los derechos y obligaciones de los consumidores, se podrá lograr avanzar en la plena protección a los derechos que como consumidor le asiste al ciudadano cubano.

La protección al consumidor en las redes minoristas no está acorde en varios aspectos con los derechos que para los mismos establece el Sistema de Protección al Consumidor, pues los mecanismos creados para la protección a los mismos son excesivamente rígidos, ya que no se toma en cuenta cuales son los deseos o intereses del cliente en cuanto a la satisfacción de sus necesidades. Está disperso en varias normativas internas; está centralizado, por lo que no es lo suficientemente ágil para darle respuesta al consumidor, el cual ante tanto burocratismo puede desistir de su intención de hacer valer sus legítimos derechos.

El procedimiento interno creado para atender las quejas y denuncias de los clientes, se evidencia la falta del principio de imparcialidad, ya que todas las reclamaciones se resuelven a través de la comisión de atención al cliente; cuyos integrantes son

empleados de la entidad que el consumidor le está reclamando, los que pueden tener interés directo o indirecto en el asunto.

Bibliografía

Águila Real, Alfonso; Las Condiciones Generales de la Contratación, Madrid, Editorial Civitas, 1976.

Corrientes Córdoba, José Antonio; " La protección de los consumidores en la Europa Comunitaria: de los tratados fundacionales de la Unión Europea " : en Varios Autores, Estudios Sobre el derecho al Consumo, Editorial Bilbao Iberdrola, 1994.

Diccionario etimológico; [en línea]. [Consultado 7 de octubre 2014, 9:00]. Disponible en:

<http://www.latin-dictionary.net/definicion/13616/consumo-consumere-consumpsi-consumptus>

DESSAUNE, Marcos, Desvio Produtivo Do Consumidor. Prejuízo do Tempo Desperdiçado Revista dos Tribunais, San Pablo, 2011.

García Sais, Fernando; Derecho de los Consumidores a la Información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México, México, Editorial Porrúa-ITAM, 2007.

García Sais, Fernando; Jurisprudencia del Consumidor, México, Editorial Tirant Lo Blanch-ITAM, 2012.

Guillermo P, Tinti; La protección del consumidor en la nueva legislación, Argentina, 2010, [en línea]. [Consultado 7 de octubre 2014, 3:00]. Disponible en: www.revistajuridicaonline.com

González Herranz, María Luisa; La Comunicación Publicitaria en el Entorno de Protección al Consumidor, Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, España, 2001, [en línea]. [Consultado 7 de octubre 2014, 1:00]. Disponible en: biblioteca.ucm.es/tesis/inf/ucm-t25314.pdf

Iturraspe, Francisco; Derecho y ética ambiental y laboral en la era de la mundialización, [en línea]. [Consultado 7 de octubre 2014, 4:00]. Disponible en: www.ecologiapolitica.org

MICELE, Jorge E. , El caso del tiempo perdido, DJ 1997-1 , 340

NOVELLINO, Norberto, En la búsqueda del tiempo perdido... e indemnizable, La Ley: Sup. Act.14/02/2006, 1 12 Conf. ZAVA.

Ovalle, Favela José; Derechos de Consumidor, México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.

Polo, Eduardo; La Protección del Consumidor en el Derecho Privado, Madrid, Editorial, Civitas, 1980.

Ricardo, Piris Cristian; Evolución de los derechos del consumidor, Argentina, Editorial. Universidad Nacional del Nordeste, 2000.

Shultz de Abad, Adriana Elda y Carletti, Cecilia; El derecho del consumidor, [en línea]. [Consultado 7 de octubre 2014, 7:00]. Disponible en: <http://www.calz.org/areas/002consumidor.htm>

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Los daños morales mínimos, LA LEY 01/09/2004, 1

Legislación consultada

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución de España de 27 de diciembre de 1978.

Cuba. Código Civil. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1989. --p 89 y 90.

Constitución de la República de Cuba. Combinado de periódicos Granma. Enero, 2004. --p 4-12.

Cuba. Ley No. 62. Código Penal. --Combinado de periódicos Granma. Enero, 2004.

Cuba. Decreto No 155, de fecha 1 de noviembre de 1989. " Contravenciones de Las Regulaciones Sobre Comercio Minorista. Gastronomía y Determinados Servicios "

Cuba. Decreto No 227, de fecha 1 de noviembre de 1996, " De Las Contravenciones, Multas y Demás Medidas a Aplicar Por La Violación de Las Normas Que Rigen La Política de Precios y Tarifas Minoristas "

Cuba. Acuerdo 3529 de fecha 17 de agosto de 1999 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Funciones y atribuciones del MINCIN., La Habana, 1999.

Cuba. Resolución No 1, " SISTEMA DE INSPECCIÓN DE LA PROTECCION AL CONSUMIDOR " de fecha 3 de enero del 2002, de la ministra de Comercio Interior.

**LA REVOCACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. PRESUPUESTOS
TEÓRICOS NECESARIOS PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.**

LIC. YUSLIMA SANZ SÁNCHEZ.

LIC. YAILÉ DURAÑONA ACUÑA

La historia, a través del tiempo, demuestra que el derecho administrativo francés ha gozado con relación a casi todos los derechos administrativos del mundo, de una anterioridad en el tiempo, y es sin duda el más antiguo de todos; al ser Francia el primer país que reunió los dos elementos fundamentales que hicieron posible y necesario un derecho administrativo.

El primero es la existencia de una Administración suficientemente desarrollada que no pudiera dejar de tener un sistema de reglas, pues le sería imposible regular los problema caso por caso; en fin la necesidad de una reglamentación de la Administración a medida que el estado adquiere un cierto desarrollo. La segunda condición no es más que la afirmación del principio según el cual dicha Administración, rama del poder ejecutivo está imperiosamente subordinada a la regla

del derecho encarnada principalmente en la ley. Francia disfruta en materia de derecho administrativo de cierta posición de monopolio y esa posición explica la expansión de este derecho al conjunto de Europa continental y la mayor parte de los Estados Latinoamericanos; estando este último grupo bajo la influencia de Estados Unidos, quienes han establecido el principio de la unidad de jurisdicción y son seguidores de los esquemas de la doctrina francesa, la cual ha puesto las bases esenciales respecto al derecho administrativo; como son: la responsabilidad del poder público, la organización y la extensión progresiva del control de la legalidad, la teoría del contrato y el acto administrativo. El acto administrativo nace en el estado de derecho como una consecuencia de la sumisión de la actividad pública a la norma jurídica, existiendo el concepto generalizado que es con posterioridad a la revolución francesa al consagrarse el principio de legalidad que se confiere a ciertos actos la significación de actos administrativos porque a través de ellos se concretaba o ejecutaba una ley. Son una parte esencial de la Administración Pública, para el logro de los objetivos que esta pretende alcanzar, siendo el Derecho Administrativo una rama del Derecho que busca brindar a la sociedad a través de los servicios públicos la satisfacción de las necesidades en la comunidad.

La eficacia del acto administrativo es la actitud que poseen los actos jurídicos válidos que los hacen aptos y capaces de producir los efectos para los cuales se les dio vía jurídica, de ahí la importancia de considerar que el supuesto de la eficacia de los actos de autoridad debidamente manifestados, es su legalidad. El acto ilegal es inválido, y no debe producir el efecto de derecho que persigue; debe ser ineficaz, a no ser que el pronunciamiento jurisdiccional o la revocación le impidan continuar surtiendo dichos efectos jurídicos. El tema de investigación que proponemos, pretende demostrar la deficiencia teórica y normativa de la revocación del acto administrativo inmerso como problema latente dentro de la Administración Pública en nuestro Ordenamiento Positivo cubano, por lo que se configura actual y pertinente acorde a lo establecido en el Lineamiento 36 de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución,¹⁶⁴ dictado en el VI Congreso del Partido y ratificado en el VII. Por su trascendencia, este fenómeno jurídico ha propiciado polémicos debates e investigaciones jurídicas, en especial las realizadas por los Doctores Armando Castañedo Abay y Héctor Garcini Guerra, así como algunos estudios que se han desarrollado como Trabajo de Diploma, e incluso con fines doctorales. En el ámbito internacional son varios los autores que han tratado el tema en cuestión desde diferentes perspectivas, entre los que podemos destacar a Nelson Rodríguez García, Roberto Dormí, Jaime Orlando Santofimio, Laura Monti, entre otros; sin que exista precedente que lo aborden desde la perspectiva que defendemos.

Los resultados teóricos esperados de la presente investigación científica gira en torno al análisis del tratamiento doctrinal y legislativo de la figura de la revocación del acto administrativo, argumentando la necesidad de su perfeccionamiento como instrumento de garantía de los derechos de los administrados. Los resultados

¹⁶⁴Lineamiento 36: Se normarán las relaciones de las funciones estatales que ejercen las direcciones sectoriales en provincias y municipios con las que se desarrollan los Organismos de la Administración Central del Estado, dejando definidos los límites de sus competencias, vínculos, reglamentos de trabajo y las metodologías de actuación que se aplicarán.

previstos, en el orden práctico, apuntan hacia la identificación de elementos que permitan la realización de propuestas legislativas garantes de la revocación del acto administrativo; así como aportar un material bibliográfico actualizado, que conjugue los postulados teóricos – doctrinales más modernos desde la perspectiva del Derecho positivo cubano.

La revocación como forma de extinción del acto administrativo, aun cuando es una temática tratada en la doctrina, carece de estudios en nuestro ámbito jurídico existiendo escasa bibliografía sobre el tema en particular, lo que pone no pocas dificultades a su aplicación, de allí la novedad del tema.

La teoría del acto administrativo es el resultado del desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico acto jurídico, aplicado al ejercicio de la función administrativa, cuya función no era orientada por el principio de la autonomía privada, sino, por la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado.

Entre las distintas ramas del Derecho Público figura el Derecho Administrativo. Al iniciar el estudio de una de sus aristas nos hemos de enfrentar, en primer término, con la idea de "Administración" ya que ella se deriva en sentido etimológico del latín "administrare", palabra compuesta, integrada del prefijo "ad", el sustantivo "manos", y el verbo "trahere", que significa "servir, gobernar, cuidar, regir", evocando la idea de prestación de servicios.¹⁶⁵

La Administración ofrece, al decir de García Oviedo, una doble estimativa: el sentido objetivo y el sentido subjetivo. Objetivamente es una "acción", una realización de actividades para un fin; mientras que subjetivamente la administración implica una estructura orgánica, un ente o pluralidad de entes a los que está atribuida la función de administrar. Según la noción común "administrativa" es la actividad específica, dirigida, a través de una acción positiva; a la realización de los fines concretos de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad. Función esencial para la conservación y el progreso de la sociedad, así como el establecimiento de normas jurídicas y la garantía de su cumplimiento; la misma puede apreciarse desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material.

En la legislación positiva, cada Poder no corresponde a una sola categoría de actos intrínsecamente homogéneos, por lo tanto; definir la función por el órgano que la realiza, es igualar con un criterio externo actos que intrínsecamente se diferencian de un modo radical. Es por lo tanto necesario buscar un criterio que revele la naturaleza jurídica de la función administrativa, la cual se exterioriza y concreta en el "acto administrativo". El acto administrativo es a la función administrativa, lo que la ley a la función legislativa y la sentencia a la función jurisdiccional. Para precisar el concepto de la función administrativa, algunos autores toman en consideración la actitud especial que el Estado adopta para realizarla.

Laband afirma que "la administración pública es la acción del Estado" contraponiéndola con la legislación que es la voluntad, y la jurisdicción, que es el pensamiento del Estado. Expondremos a continuación el concepto de función administrativa, en sentido material, concepto que acogemos en el presente trabajo.

¹⁶⁵ Rizo Oyanguren, Armando. Manual Elemental de Derecho Administrativo, León, Nicaragua, 1991,

Función administrativa: es aquella que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales y de actos jurídicos que crean, reconocen modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, la cual se distingue de las otras funciones del estado por los efectos de derecho que sus actos producen.

Con respecto a la legislativa la diferencia consiste en que por virtud de ella nunca se realizan actos materiales, ni se determinan situaciones jurídicas para casos individuales. La esencia del acto legislativo es la creación de situaciones jurídicas generales, si se entiende el término Derecho como conjunto de normas jurídicas, entonces el Derecho Administrativo es el conjunto de normas que regulan esencialmente el ejercicio de la función administrativa, es decir, de un lado, la organización del Poder Ejecutivo y el ejercicio efectivo de la función misma y las relaciones a que da lugar este ejercicio.

La actividad administrativa se desarrolla mediante actos, hechos, omisiones, operaciones y contratos; siendo por ende, el acto administrativo una de las formas de dicha actividad y un medio de la Administración Pública para realizar sus cometidos. Al mismo tiempo concurre con otros medios y formas de la actividad administrativa, como son la función pública, los bienes del Estado y las potestades administrativas; pero con la peculiaridad de que su contenido es enteramente jurídico o formal y sirve como instrumento para que muchos de los restantes se relacionen entre sí.

Según Miguel A. Lico el acto administrativo es una decisión, declaración o disposición, general o especial, producida por una autoridad administrativa o por un particular en ejercicio de funciones administrativas, con el fin de producir un efecto jurídico para la satisfacción de un interés administrativo, que tenga por objeto crear, modificar o extinguir derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto a ella.

Lino Fernández dice: La expresión actos administrativos está referida a la actividad del Estado que ejerce una de las funciones fundamentales como es la función administrativa, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, para alcanzar sus fines políticos, jurídicos, económicos y sociales.

Manuel María Díez lo entiende como una declaración de un órgano del poder ejecutivo en ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros; y que cuando cumple con su ciclo de formación y contiene todos los elementos esenciales se dice que es perfecto.

El Dr. Armando Castanedo Abay define al acto administrativo como la exteriorización de la voluntad administrativa, sea expresa o presunta, con el objetivo de producir efectos jurídicos en relación con determinadas personas. El acto administrativo constituye la vía idónea de la exteriorización de la voluntad administrativa del Estado, “el vector que lleva la intención administrativa a su destino”.

Al respecto García – Trevijano señala: “El acto administrativo es declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados, o

con la administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa”.¹⁶⁶

Garcini conceptualiza el acto administrativo teniendo en cuenta dos criterios, el material y el formal. En un sentido material, atendiendo a su contenido, sería toda manifestación de voluntad de un órgano del Estado sea administrativo o legislativo que tenga sustancia administrativa. Desde el punto de vista formal sólo serán todos aquellos que provengan de la Administración Pública, de los órganos de la Administración del Estado.

Sobre la base de las consideraciones anteriores el acto administrativo es toda manifestación unilateral de voluntad realizada por los sujetos que ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares, tendiente a producir efectos jurídicos para la satisfacción de un interés público, que tenga por objeto crear, modificar o extinguir derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto a ella.

El acto administrativo al constituir también un acto jurídico, le son inherentes los elementos esenciales (sujeto, objeto, causa, manifestación de voluntad, forma y producción de efectos jurídicos) y accidentales, adicionales o notas accesorias (término, condición y modo) de la doctrina común.

En lo referido al *sujeto*, este está representado por la Administración, como competente en tal función, dotada por el Estado de personalidad jurídica como una necesidad para su actuación y el logro de sus fines. La doctrina nicaragüense considera que el sujeto del acto administrativo es el órgano de la Administración que lo realiza, teniendo él aptitud jurídica para actuar en nombre e interés de la administración, es decir, para obrar administrativamente; más esta facultad de actuar, en casos específicos depende de la competencia, otorgada al órgano para poder actuar legalmente. Con estos mismos aspectos lo concretan autores foráneos como Jaime Santofimio de Colombia y Nelson Rodríguez de Venezuela.

En ese mismo sentido definen como caracteres propios de la competencia los siguientes:

- 1- Requiere siempre un texto expreso de la ley para que pueda existir. La competencia debe justificarse expresamente en cada caso.
- 2- El ejercicio de la competencia es obligatorio para el órgano respectivo, al cumplir con las atribuciones que el Estado les tiene encomendadas, con el objetivo de dar satisfacción a las necesidades colectivas.
- 3- La competencia generalmente se encuentra fragmentada entre diversos órganos, constituyendo una garantía para el buen funcionamiento de la Administración, que recíproca y mutuamente se controlan y evitan que el interés particular de alguno de los titulares de esos órganos pueda ser el motivo para una actuación que afecte derechos de los particulares.
- 4- La competencia no se puede renunciar, ni ser objeto de pactos que comprometan su ejercicio.
- 5- La competencia es constitutiva del órgano y no un derecho del titular del propio órgano

¹⁶⁶ Castanedo Abay, Armando. Temas de Derecho Administrativo Cubano. Reflexiones acerca del acto administrativo. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

En referencia a la clasificación anterior la doctrina patria reconoce el término competencia dentro del sujeto (órgano) como elemento esencial del acto administrativo.

El *objeto* del acto se ajusta a la actividad a través de la cual se cumple el fin del acto: preconstituir, reconocer, fomentar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídico administrativas.¹⁶⁷

El profesor nicaragüense Armando Rizo identifica al objeto del acto con el contenido del mismo, indicando la sustancia del acto administrativo. Por lo tanto el objeto es la cosa, la actividad, la relación, aquello de que se ocupa y para que dispone jurídicamente, lo que resulta de su contenido. Todo aquello que puede formar objeto de relaciones de Derecho Público puede serlo de los actos administrativos. En cuanto al contenido consiste en aquello que la administración pública entiende disponer, ordenar, permitir, certificar, etc. Varía el contenido según la categoría a que el acto pertenece.¹⁶⁸

El objeto del acto debe ser determinado o determinable, posible y lícito. La licitud supone que el objeto esté expresamente autorizado por la ley, salvo el caso de que la propia ley otorgue facultad discrecional a la autoridad administrativa para elegir y determinar el objeto del acto. Aún en este último caso la licitud del objeto deberá calificarse de acuerdo con estas tres características: que no infrinja las normas jurídicas, que no contraríe ni perturbe el servicio público y, que no sea incongruente con la función administrativa. Este elemento del acto administrativo, es tratado análogamente tanto en la teoría cubana como en la de los países de Nicaragua, Venezuela, Colombia, El Salvador; entre otros.

La *causa* es la razón determinante del acto, de la voluntad administrativa que lo constituye: es el elemento objetivo o subjetivo, o ambos a la vez, que han generado la necesidad de la emisión del acto administrativo en dependencia de las características de la motivación o necesidad del acto. Con referencia a lo expuesto anteriormente consideramos que el autor utiliza un concepto ambiguo al definir la causa como elemento objetivo y subjetivo a la vez, supeditándolos a la necesidad de la emisión del acto en dependencia de las particulares de la motivación o necesidad del acto.

Sin embargo coincidimos con el criterio expuesto por Jaime Santofimio que indistintamente refiere que la causa o motivación del acto administrativo constituyen las circunstancias de hecho o de derecho que provocan la emisión del mismo. A la vez establece que en los casos en que dicho acto sea discrecional debe necesariamente tener una base legal. Resulta oportuno aclarar que exponentes del tema en Colombia y Venezuela denominan la causa como motivación del acto.

La *forma*, es el medio mediante el cual se exterioriza la manifestación de voluntad, es decir es la materialización del acto. Normalmente los actos administrativos se producirán por escrito y su contenido dependerá de cada ordenamiento jurídico. Cabe agregar que no debemos confundir “forma” con formalidades, como indica

¹⁶⁷ Castanedo Abay, Armando. Temas de Derecho Administrativo Cubano. Reflexiones acerca del acto administrativo. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

¹⁶⁸ Rizo Oyanguren, Armando. Manual Elemental de Derecho Administrativo, León, Nicaragua, 1991.

Sayagues Lazo: “Las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto; la forma es uno de dichos requisitos y se refiere al modo como se documente la voluntad administrativa que da vida al acto”.¹⁶⁹

La doctrina colombiana y venezolana tratan este elemento dentro de un tercer grupo, que no está establecido por la nuestra; elementos formales (procedimiento, forma y formalidad). En todo acto administrativo debe estar presente la *manifestación de voluntad*, siendo esta el centro del acto, al formarse el mismo con una conducta voluntaria sin vicio de ninguna naturaleza (error, dolo o amenaza), en caso contrario nos encontraríamos frente a un acto administrativo defectuoso. En fin es lo que el acto busca lograr en relación con una determinada situación jurídica, crearla, reconocerla, modificarla, sustituirla, extinguirla, etc. Es primordial destacar que existen casos en que aun cuando la voluntad de la Administración no se exprese en ninguna forma, se presupone su existencia. Aquí nos encontramos frente al problema que tanto ha preocupado a la doctrina: el silencio de la Administración; pues aunque la autoridad está facultada para actuar o no actuar, según su potestad discrecional, no se puede determinar si dicha autoridad ha adoptado una actitud afirmativa o negativa.

El silencio de la Administración no puede considerarse como acto administrativo, ya que el hecho de callar, en sí mismo, a diferencia de omitir algo, jamás puede constituir un medio para alcanzar la satisfacción de un interés público (finalidad que persigue la actividad de la Administración).

Contrariamente a lo que se ha expresado, se encuentran doctrinólogos de Venezuela y el Salvador, los cuales consideran que la manifestación de voluntad es un presupuesto obvio, sine qua non para la existencia del acto y no uno de sus elementos; agregando que la voluntad es un proceso anterior al acto.

La *producción de efectos jurídicos* es uno de los elementos esenciales del acto administrativo más importante ya que no hay emisión del mismo si la Administración no tiene precisado el fin que persigue con él, las metas que debe lograr con su actividad, no siendo otras que la satisfacción de un interés público. De ese modo no puede perseguirse una finalidad cualquiera, aunque sea de interés general, sino aquella que indica la ley.

La doctrina de Nicaragua ha señalado diversas reglas relativas a la finalidad del acto administrativo, ellas son¹⁷⁰:

- a) El agente público administrativo no puede perseguir sino un fin de interés general.
- b) El agente público no debe perseguir una finalidad en oposición con la ley.
- c) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del órgano que realiza el acto.
- d) Pero aun siendo lícito el fin de interés público y dentro de la competencia del órgano, no puede el agente perseguirlo sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto.

Es preciso subrayar que aun cuando el acto sea aparentemente correcto, si la Administración no persigue el fin que es debido, el acto adolece del vicio de

¹⁶⁹ Sayagues, Lazo. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Talleres Gráficos Barrerero y Ramos, 1963.

¹⁷⁰ Rizo Oyanguren, Armando. Manual Elemental de Derecho Administrativo, León, Nicaragua, 1991

"desviación de poder". En la doctrina francesa (creadora del concepto) el desvío de poder surge cuando se persigue un fin que no es el previsto, obedeciendo a un motivo distinto del que conforme al sentido implícito de la ley debió tomar en cuenta. Aclaremos que en países como Colombia, Venezuela y Nicaragua nombran a este elemento como "finalidad del acto administrativo"; aunque su esencia se mantiene igual para todos.

Además de los elementos esenciales del acto administrativo pueden aparecer en él notas accesorias, siendo las siguientes:

La *condición* se la agrega al acto como un hecho futuro e incierto al cual está sujeto en alguna medida la producción de los efectos jurídicos del mismo. Va estrechamente unida al contenido principal del acto, cuyo destino jurídico depende de ella. Dentro de este elemento accidental encontramos tres tipos de condición: la suspensiva, la resolutoria y la potestativa.

En la primera, los efectos no comienzan hasta tanto no se produzca la condicional contenida en ella. En la resolutoria el acto pierde su eficacia en el mismo momento en que el suceso se produce. Por último, la condición potestativa; inexistente en el Derecho Civil, es cuando los efectos que produce el acto pueden ser extinguidos por la propia Administración.

El *término* o plazo indica el momento en el que el acto entra en ejecución y el período al cual se extiende este. Puede aparecer determinado para un acto específico o la ley señalarlo de modo general para todos los actos de una clase establecida. Además es creador o extintor de situaciones jurídico-administrativas para el administrado y de obligatorio acatamiento para la Administración.

El *modo* constituye una orden de carácter coactivo. Es una carga especial impuesta al destinatario de un acto administrativo por parte de la Administración. El acto que se encuentre sujeto a una carga modal surtirá efectos inmediatamente, ya que el mismo entra en vigor en el momento en que se dicta; y en caso de incumplimiento de dicha carga, ésta se impone coactivamente. Se asemeja a la condición, pero se diferencia en que la condición si está ligada directamente al contenido principal del acto, mientras que el modo se agrega independientemente; y es por ello que el destino jurídico del acto no depende del modo, siempre y cuando el acto tenga una dependencia directa de la condición.

En referencia a las notas accesorias del acto administrativo expuestas anteriormente es preciso reflejar que las mismas no están recogidas en la doctrina de Venezuela, El Salvador y Colombia, pues solo tienen en cuenta los elementos esenciales del acto para conformar su validez. En el caso de Nicaragua, además de estos tres elementos reconoce a la caducidad como otra característica adicional al acto, la cual va a existir siempre que la ley o la voluntad prefijan un plazo para el ejercicio de un derecho y se deja pasar dicho plazo sin realizar los actos necesarios para dar vida y hacer subsistir ese derecho.

La extinción es la desaparición o supresión de los efectos jurídicos del acto administrativo, la cual puede ser por causas normales o anormales, ya sea que se requiera o no la emisión de un nuevo acto, al tratarse de actos válidos o inválidos.

Extinguir un acto administrativo no es más que retirar la vigencia de la que goza, reconocer que ya no es necesaria su existencia jurídica al adolecer de defecto o que el transcurso del tiempo lo ha hecho innecesario.

Es ineludible diferenciar entre el hecho que hace desaparecer un presupuesto jurídico del acto (legitimidad sobreviniente) y el hecho que provoca una imposibilidad en la producción de efectos del acto. En el primer caso la extinción se opera de pleno derecho, solicitándose para ello pronunciamiento expreso del órgano administrativo. En el segundo supuesto cuando se refiere a una ilegitimidad grave y el acto pudiera ser nulo, la extinción tiene efectos retroactivos a la fecha de nacimiento de la ilegitimidad del acto; y si la ilegitimidad es leve y el acto puede considerarse meramente anulable, la extinción va a tener efectos solamente para el futuro.

Los actos administrativos se extinguen por:

Cumplimiento del objeto: aquí el acto se extingue cuando lo dispuesto ha sido cumplido o por desaparición de dicho objeto.

Imposibilidad de hecho sobreviviente: es la dificultad física y jurídica de cumplir con el objeto del acto. Esta forma de extinción queda evidenciada en tres contextos: por muerte o desaparición de la persona a la que el acto otorgo un derecho o impuso un deber, siempre y cuando la ley haya determinado que no son transferibles a sus herederos; por falta de sustrato material que posibilite el cumplimiento del acto; y por falta de sustrato jurídico o un cambio de la situación jurídica de las cosas o personas a las cuales se dirigía el acto.

Expiración del plazo: es cuando se ha cumplido el término determinado en el acto para que este produzca sus efectos jurídicos durante un plazo establecido, transcurrido el mismo, el acto se extingue.

Acaecimiento de una condición resolutoria: al estar el acto sujeto a una condición resolutoria, una vez cumplida la condición se extingue los efectos jurídicos del acto.

Renuncia: no es más que la manifestación expresa de la voluntad del interesado de rechazar o abandonar los derechos otorgados por el acto, debiendo ser notificada a la autoridad. Son renunciables los actos que otorgan derechos en beneficio del interesado; no así, los que crean obligaciones.

Rechazo: es cuando el interesado declara expresamente su voluntad de no aceptar los derechos que el acto le da. Este modo de extinción se rige por las normas de la renuncia, con la excepción de que sus efectos son retroactivos.

Caducidad: es una forma de extinción en razón del incumplimiento por el interesado de las obligaciones impuestas por el acto administrativo. La caducidad es una competencia otorgada por la ley a la administración pública, para extinguir unilateralmente un acto administrativo, a título de sanción cuando existe culpa por parte del administrador por el no cumplimiento de las obligaciones que estaban a su cargo.

Declaración Judicial de inexistencia o nulidad: el demandante mediante el proceso administrativo puede solicitar la anulación total o parcial de la disposición administrativa impugnada y a su vez lograr el reconocimiento o restablecimiento del derecho infringido, desconocido o incumplido. La sentencia emitida al efecto dispone

la declaración jurídica de nulidad, total o parcial, del acto contradictorio y la extinción del acto mismo como la suspensión de sus efectos jurídicos.

La gran mayoría de la doctrina se pronuncia porque, en materia de invalidez de los actos administrativos, la anulabilidad o nulidad relativa es la regla y la nulidad absoluta la excepción. Esto es producto de la indudable exigencia de estabilidad y firmeza que deben revestir las actuaciones de la Administración y a la presunción de validez que por la misma razón las ampara.

La teoría tradicional ha caracterizado la nulidad como una natural privación de los efectos jurídicos del acto; una sanción nacida de la omisión o incumplimiento de los requisitos o elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia indubitable de estricto origen legal. De aquí, podemos concluir que la nulidad se genera en el ámbito de la formación del acto, es decir, en anomalías de los elementos que deben concurrir para la validez del acto administrativo, pero que tiene efectos indudables en el mundo de la eficacia del acto específicamente en cuanto a su ejecutoria.¹⁷¹

La nulidad absoluta, por tanto, es un vicio de carácter excepcional en los actos administrativos; tal como lo ha expresado en el libro sobre el tema, el Profesor Tomás Ramón Fernández¹⁷², surge solo en los casos de "gravedad extrema". Agrega que este tipo de nulidad nunca será producido por los vicios de forma; a lo sumo, esos vicios o irregularidades formales, lo que acarrearían sería la nulidad relativa o anulabilidad de los actos.

En la nulidad absoluta el acto viciado no puede producir nunca efectos jurídicos; mientras que en la anulabilidad aunque el acto esté viciado puede producir efectos jurídicos en tanto no se utilice contra el mismo la acción correspondiente. La anulabilidad a diferencia de la nulidad es la única que puede ser ratificada o conformada siempre y cuando exista la voluntad de las partes de subsanar los vicios y darles plena validez.

Es de advertir que en el Derecho colombiano, la declaratoria de nulidad del acto es de una sola clase: la de la simple nulidad del mismo, que pueden ser de la totalidad del acto administrativo, o parcialmente de algunas de sus disposiciones. A diferencia de otros ordenamientos donde los pronunciamientos de la jurisdicción respecto de la legalidad del acto pueden ser de nulidad absoluta o nulidad relativa. Esta doble clasificación tan sólo se presenta, tratándose de los negocios jurídicos o contratos estatales.

La doctrina francesa entiende que la validez de los actos jurídicos responde a los tres siguientes supuestos: inexistencia del acto, nulidad absoluta y nulidad relativa (anulabilidad). No obstante existe una fuerte corriente doctrinal que tiende a oponerse a la admisión de la inexistencia del acto, pues incluyen este supuesto dentro de la enumeración de casos de nulidad absoluta. Hablamos de inexistencia del acto cuando falta alguno de sus elementos constitutivos; nulidad cuando estando

¹⁷¹ Santofimio, Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez, Segunda Edición, Colombia, 1994

¹⁷² Brewer Carías, Allan. Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos, en Revista de Derecho Público, No.1, 1980

integrado el acto por sus elementos constitutivos, alguno o algunos de estos elementos se encuentren viciados.

Nicaragua en su Código Civil acoge la nulidad absoluta y nulidad relativa; pero su Corte Suprema de Justicia, en materia Amparo, reconoce la inexistencia de los actos jurídicos.

Revocación: es una declaración unilateral de un órgano en el ejercicio de la función administrativa para extinguir, modificar o sustituir un acto administrativo, ya sea por motivos de ilegitimidad o de oportunidad. La primera causal es tratada por algunos autores foráneos como un verdadero supuesto de anulación o invalidación; mientras que el segundo constituye el verdadero supuesto de revocación de actos administrativos.

Resulta oportuno establecer las diferencias entre revocación y anulación del acto. El acto de revocación tiene un carácter constitutivo al introducir una modificación en el orden jurídico, que produce efectos a partir de su creación y deja subsistente los efectos jurídicos provocados por el acto original. Por el contrario el de anulación es simplemente declarativo o sea que no hace más que afirmar una situación preexistente y éste produce efectos retroactivos que suprimen todos los efectos que el acto viciado haya podido ocasionar.

La revocación de los actos administrativos ha sido y en la actualidad sigue constituyendo uno de los auténticos problemas de la disciplina administrativa, por tanto resulta interés de la doctrina a causa de las dificultades que plantea y que no encuentran una solución satisfactoria ante la lesión sufrida por el ciudadano.

Esta forma de extinción es una decisión administrativa dirigida a enervar o extinguir un acto administrativo, y que puede dictarse por motivos de oportunidad o por causa de legitimidad. En concreto “la revocación es la extinción de un acto administrativo, dispuesta por la propia Administración Pública, ya sea para satisfacer actuales exigencias del interés público, o para restablecer el imperio de la legalidad”

En sentido lato, revocación es sinónimo de alteración del acto por la propia administración y comprende la derogación sin sustitución, la derogación con sustitución y la simple modificación del mismo, por su autor o superior, de modo tal que en sus consecuencias normativas desaparece del orden jurídico o subsiste modificado.

El acto de revocación es un “acto derivado” dentro del procedimiento administrativo, pues el mismo no tiene posibilidad de existir en ausencia del que emana su razón de ser. Sin ese otro acto no se concibe la “revocación”, al no poder destruirse lo inexistente.

Con esta forma de extinguir o hacer desaparecer un acto administrativo estamos frente a un mecanismo unilateral de la Administración otorgado por la ley con el fin de revisar, ya sea por razones de oportunidad o de legalidad, sus propias actuaciones.

La extinción de un acto administrativo por razones de “legitimidad” pueden efectuarla, según los casos, la Administración Pública o el órgano jurisdiccional judicial. Cuando tal extinción corresponda a la Administración Pública, ésta extingue el acto recurriendo a la “revocación por razones de ilegitimidad”, por consiguiente, cuando la extinción de referencia incumba al órgano jurisdiccional judicial, ésta, la efectuará recurriendo a la “anulación” del acto.

A pesar de que la revocación, así como, la anulación producen el efecto de eliminar un acto anterior del mundo jurídico, existe mucha divergencia terminológica en cuanto al sentido con el cual cabe utilizarse las expresiones revocación y anulación. En efecto, constan por lo menos tres grandes grupos de estipulaciones existentes en derecho administrativo, los cuales relacionamos a continuación:¹⁷³

- a) Si se toma en cuenta únicamente el fundamento de la extinción, se llamará revocación a la extinción dispuesta por razones de oportunidad y anulación a la dispuesta por razones de legitimidad, sean cuales fueren los órganos que las dispongan. En esta terminología, si la administración extingue un acto suyo inválido, ello es anulación (o invalidación).
- b) Si se toman en cuenta simultáneamente las causas de la extinción y el momento en que se dan, puede decirse que revocación es el retiro de un acto que nació válido (y que, entonces, se revoca por inoportunidad originaria o sobreviniente, o porque luego se tornó inválido) y la anulación o invalidación el retiro de un acto que nació inválido.
- c) Pueden hacerse otras combinaciones y decir que anulación es la extinción de un acto por una causa originaria, sea ella de legitimidad o de mérito y revocación la extinción por una inoportunidad sobreviniente.

En relación con este complejo sistema de opiniones resulta importante destacar que una parte significativa de la doctrina prefiere decir que la revocación es la extinción por la propia administración y anulación la extinción por la justicia; terminología utilizada además en el ámbito legal.

Hector Garcini al tratar el tema de la revocación también establece una diferenciación entre la anulación de un acto administrativo oneroso y la de uno favorable, sobre todo en relación con el destinatario, que en el primer caso experimenta una mejoría y en el segundo un empeoramiento de su situación jurídica.

Existen autores que proponen el nombre de cancelación para la anulación de un acto administrativo oneroso y el de revocación para la anulación de uno favorable, pero como no hay oposiciones de concepto entre uno y otro caso, ambos pueden comprenderse en la revocación.

La revocación de un acto favorable puede ocasionar una indemnización al destinatario del acto, compensatoria de los derechos reconocidos a su favor en el acto revocado; mientras que la de un acto administrativo oneroso es posible en todo momento. En este último caso, una vez anulado el acto por parte de la autoridad, el asunto queda liquidado para ella, no siendo así para el destinatario, el cual se encuentra muchas veces ante los efectos de una intervención administrativa por un acto ya anulado, y debe por sí mismo buscar el medio de evitarlo dentro de las posibilidades que los recursos del ordenamiento jurídico-administrativo le otorgan.

En resumen, la revocación que permite el retiro de un acto administrativo válido, tiene su fundamento en una mutación actual del interés que motivó la creación del acto y es una aplicación de la potestad de la administración activa, lo que la diferencia de la anulación, que retira un acto defectuoso basado en sus defectos y es además aplicación de la actividad de control.

¹⁷³ Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III, Octava Edición, Buenos Aires, 2004

Otro aspecto a tener en cuenta es que los actos jurídicos realizados por la Administración deben guardar una doble correspondencia: con la ley que rige dichos actos, y con el interés público que con ellos va a satisfacerse. El primer caso constituye el concepto de legitimidad y el segundo hace nacer el concepto de "oportunidad".

Cabe agregar que las autoridades no pueden hacer uso de la libertad de revocación según su libre arbitrio, al ser la arbitrariedad totalmente incompatible con el Derecho; pues lo que se requiere más bien es que dichas autoridades, al revocar, sirvan al interés público que les está confiado. La revocación presupone, por tanto, un motivo objetivo. El interés perseguido tiene que ser público, de igual orden y naturaleza que el exigido para la emanación del acto a revocar.

Existen actos que no admiten la posibilidad de ser revocados, como es el caso de los actos que producen efectos instantáneos, es decir, que no se prolongan en el tiempo, pues el mismo ya ha producido todos los efectos que estaba destinado a producir. Por tanto, la revocación sólo es posible para aquellos actos que producen efectos durante cierto tiempo, y únicamente mientras tales efectos se están produciendo, los llamados actos de "tracto" sucesivo.

Se ha considerado que tampoco son susceptibles de revocación los actos reglados, obligatorios o vinculados, puesto que la Administración, al realizarlos, está cumpliendo un mandato de la ley, y tal mandato sería ineficaz si en un momento posterior al acto se eliminara. Esta conclusión es admisible siempre que el acto sea obligatorio, no sólo en lo que respecta a su creación, sino también en cuanto a su contenido, pues si éste no lo es, entonces no habría inconveniente en que el primer acto quedara revocado por uno posterior con contenido diferente.¹⁷⁴

Con respecto al problema de la revocabilidad se sostiene la tesis que dicho problema sólo se plantea tratándose de actos que crean derechos o intereses legítimos para los particulares y no para aquéllos que les impongan obligaciones. Esta tesis ha sido combatida, alegando que la revocación no está basada en el interés de los particulares, sino principalmente en el interés público, y que, por ende, no basta que la revocación no lesione al individuo, sino que además no debe perjudicar a la colectividad cuyas necesidades debe de satisfacer la Administración.

En el ámbito de la organización administrativa, el ejercicio de la potestad revocatoria corresponde, en primer lugar, a la misma autoridad que ha producido el acto a revocar y, en su caso también, a la autoridad jerárquicamente superior.

La revocación se realiza por medio de un acto administrativo que debe llenar todos los requisitos internos y externos del acto administrativo en general. Sin embargo, puede darse el caso de que dicha revocación no se lleva a cabo por medio de un acto especial y expreso, sino que en una forma implícita un acto posterior revoque a uno anterior. Esto ocurre cuando la Administración dicta dos resoluciones sucesivas y ambas son legítimas, entonces, ante la imposibilidad de que las dos produzcan efectos, la preferencia debe recaer sobre la última, es decir, se eliminará la primera, y en consecuencia se producirá en esta forma implícita una verdadera revocación.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Rizo Oyanguren, Armando. Manual Elemental de Derecho Administrativo, León, Nicaragua, 1991

¹⁷⁵ Rizo Oyanguren, Armando. Manual Elemental de Derecho Administrativo, León, Nicaragua, 1991

En este caso se presume que la voluntad del Poder Público, ha sido la de que sólo el segundo acto produzca los efectos jurídicos, y tal presunción solo puede operar cuando los actos son sucesivos, pues cuando son simultáneos, es imposible saber o presumir cuál es la verdadera voluntad de la Administración, lo que tendría por efecto necesario el desconocer toda eficacia a los dos actos incompatibles.

Como expresamos anteriormente, la revocación se realiza por medio de un acto administrativo, pero la revocación misma no puede ser revocada. Sin embargo, este acto administrativo privado de eficacia por la revocación, puede volver a tenerla cuando es objeto de nueva decisión. En cambio, no constituye un obstáculo para la revocación, el hecho de que se abra vía jurídica contra el acto administrativo y que todavía transcurra el plazo para interponer recurso, pues debe partirse del principio de que la Administración tiene derecho a rectificarse.

Según los razonamientos expuestos, la revocación es considerada una verdadera prerrogativa, pues a través de ella la Administración puede crear o extinguir vínculos obligatorios con los administrados, presumiéndose válido el acto que se materializa y gozando de la ejecutoriedad propia de cualquier acto administrativo.

Esta forma de extinción es una verdadera potestad de la Administración, la cual es irrenunciable e intransferible, sin importar si la decisión de revocar el acto administrativo procede de la propia Administración o de la solicitud de algún interesado, pues en los casos que la Administración encuentre que dicho acto contradice el ordenamiento jurídico o el interés general, procederá inmediatamente a retirarlo del ordenamiento.

En consecuencia, la verdadera naturaleza jurídica de la revocación es la de una prerrogativa de la Administración, tanto de acción como de protección, porque al materializarse en un acto administrativo, la revocación se constituye en un medio de acción de la Administración, porque la posibilidad de volver sobre los actos propios es un mecanismo extraño al derecho común y por lo tanto exorbitante, porque el interés general envuelto en el mantenimiento de la legalidad y la oportunidad de la acción administrativa justifica la posibilidad de que la Administración reitere sus propios actos y porque el ejercicio de esta prerrogativa no requiere de la intervención o autorización del juez.¹⁷⁶

De esta manera se demuestra que el verdadero fundamento de la revocación está en la necesidad de dotar a la Administración de instrumentos eficaces para lograr que prevalezca el interés general, siendo este una finalidad constitucional de la función administrativa; pues este instrumento de autocontrol de la Administración le permite retirar del ordenamiento sus propios actos administrativos ilegales o inoportunos, y así, mantener la legalidad y la adecuación de los mismos a las nuevas circunstancias de hecho o de derecho existentes.

En efecto, el acto de revocación debe estar precedido y contener en sí todos los requisitos formales y sustanciales que de manera expresa o razonablemente implícita exija el ordenamiento para la plena validez y ejecutoriedad de los actos administrativos en general y, en particular, para los que lesionen derechos o intereses de los administrados.

¹⁷⁶ Santos Rodríguez, Jorge Enrique. Construcción doctrinaria de la revocación del acto administrativo ilegal, Colombia, 2007.

Argentina en su Ley de Procedimiento Administrativo establece la revocación por ilegitimidad y por inoportunidad. En el primer supuesto trata la revocación por razones de ilegitimidad de actos nulos (nulidad absoluta) donde la competencia revocatoria es imperativa, y anulables (nulidad relativa) donde dicha competencia es facultativa.

La ley a la que hacemos referencia en el párrafo anterior señala el deber de revocar o sustituir el acto, en suma dejarlo sin efecto simplemente o dejarlo sin efecto dictando otro en su reemplazo (revocación sin sustitución y revocación con sustitución), pero no indica la posibilidad de modificar el acto, cuando no es más que una modalidad de “sustitución parcial”.

Además esta ley afianza la distinción conceptual entre revocación y anulación, como modalidades extintivas del acto, sobre la base del criterio orgánico y material, admitiendo la primera por razones de oportunidad e ilegitimidad, y la segunda solo por ilegitimidad (criterio materia), y la primera en sede administrativa y la segunda en sede judicial (criterio orgánico).

Colombia por su parte reconoce dos modalidades de la revocación: la revocación como mecanismo de utilización directa por parte del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior, calificándola como un verdadero recurso extraordinario en vía administrativa y la revocación como medida unilateral de la administración para dejar sin efectos decisiones adoptadas por ella misma.

El sistema colombiano de actuación en vía administrativa ha establecido dos tipos de recursos susceptibles de interponerse ante las autoridades administrativas, con el fin de que puedan corregir los errores en que hayan podido incurrir con la puesta en vigencia de un acto administrativo, evitando de esta manera que los interesados acudan directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Estos tipos de impugnación son los denominados por la doctrina recursos ordinarios (reposición, apelación y queja) y recursos extraordinarios o excepcionales (revocatoria directa del acto). Este último es cuando quien lo solicita es el sujeto pasivo, es decir, implica la iniciativa de persona interesada.

Por otra parte, el Código Contencioso Administrativo de Colombia regula que las dos modalidades de revocación siempre deberán generarse a través de una actuación administrativa, para que así se brinde la totalidad de las garantías establecidas. También abre la posibilidad de que la revocación proceda de oficio o a solicitud de parte, y que la misma pueda ser total o parcial.

El Derecho Administrativo Venezolano establece como principios de la revocación de los actos administrativos los siguientes¹⁷⁷:

- a) La Administración Pública puede revocar sus actos administrativos siempre que no sean creadores o declarativos de derechos a favor de particulares.
- b) Si se trata de actos administrativos creadores o declarativos de derechos a favor de particulares, una vez firmes, los mismos no pueden ser revocados en perjuicio de sus destinatarios, por la Administración, por razones de mérito (conveniencia, oportunidad) o ilegalidad.

¹⁷⁷ Brewer Carías, Allan. Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos, en Revista de Derecho Público, No.4, 1980.

- c) Excepcionalmente, aun cuando un acto pueda ser de aquellos que declaran o crean derechos a favor de particulares, la Administración podría revocarlos por razones de ilegalidad, si el vicio del acto es un vicio de nulidad absoluta.

Venezuela reconoce como principio general el de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores o declarativos de derechos a favor de particulares, salvo que una Ley lo autorice expresamente. Este principio es aceptado únicamente por la doctrina de este país y Argentina, ya que la revocación o suspensión por la Administración de efectos de los actos administrativos, por interés general, la obliga a indemnizar los perjuicios causados a los beneficiarios o destinatarios del acto.

La Ley de Procedimiento Administrativo, tanto España como en Chile, dedican un único precepto en todo su articulado a la revocación de actos administrativos sin que ninguna de las dos disposiciones normativas disponga una regulación jurídica in extenso de la potestad revocatoria de la Administración. Además ambas leyes recogen la institución de la revocación dentro del capítulo que lleva por título “De la revisión de oficio de la Administración”.

La Ley española regula implícitamente la irrevocabilidad de los actos favorables o declarativos de derechos, al sólo mencionarse de manera expresa los actos de gravamen o desfavorables. Por su parte, la Ley chilena prohíbe tajantemente la revocación de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos con legitimidad, dejando la posibilidad de supuestos de revocación de actos favorables o declarativos de derechos que hayan sido adquiridos indebidamente o ilegítimamente, en cuyo caso lo que procederá será acordar realmente su anulación o invalidación.

Luego de las investigaciones realizadas sobre la revocación del acto administrativo se pudo comprobar que en nuestro país, desde el punto de vista doctrinal, esta institución es poco tratada por los estudiosos del tema y desde el punto de vista normativo no existe ningún pronunciamiento al respecto.

La doctrina cubana ha conceptualizado al acto administrativo con todos sus elementos; sin embargo dicha definición no es implementada en una norma específica del Derecho Administrativo.

Existe la necesidad imperiosa de una Ley de Procedimientos Administrativos que regule preceptos generales y específicos del procedimiento administrativo como son, los elementos constitutivos del acto administrativo imprescindibles para alcanzar su total eficacia.

A pesar de que el Código Civil Cubano establece la revocación como institución general al ordenamiento jurídico, no consta normativa que preceptúe la revocación del acto administrativo como una de las formas de extinción del mismo.

Bibliografía

1. Brewer Carías, Allan. Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos, en Revista de Derecho Público, No.1, 1980.
2. _____ . Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos, en Revista de Derecho Público, No.4, 1980.
3. Castanedo Abay, Armando. Temas de Derecho Administrativo Cubano. Reflexiones acerca del acto administrativo. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

4. Diez, Manuel María. El Acto Administrativo. Editorial Argentina, 1961.
5. Dromi, José Roberto. La Revocación de los Actos Administrativos Nulos y Anulables en la Legislación Argentina, en Revista de Derecho Público, No.6, 1981.
6. _____ . Instituciones del Derecho Administrativo. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.
7. Fernández, Lino. Derecho Administrativo. Editorial "G.H", 1989, La Paz, Bolivia.
8. Fortes Martín, Antonio. Estudio sobre la revocación de los actos administrativos, en Revista de Derecho, Vol. XIX – No.1, julio 2006
9. Garcini Guerra, Héctor. Derecho Administrativo. Editorial Pueblo y Educación. Ciudad de la Habana, Segunda Edición, 1986.
10. Gordillo, Agustín. Acto y Procedimiento Administrativo. Nulidades del acto administrativo. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.
11. Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III, Octava Edición, Buenos Aires, 2004.
12. Kuri de Mendoza, Silvia Lizette (presidenta). Módulo Instruccional de Temas de Derecho Administrativo I, El Salvador.
13. Lico, Miguel. Actos administrativos complejos, de aprobación y ad referendum, Compendio Jurídico, tomo Boletín, 2011.
14. Lico, Miguel; Maurino, Miguel y Delfín, Alejandra. Revocación del acto administrativo por razones de ilegitimidad, oportunidad y conveniencia, en Revista La Ley, abril 2012.
15. Linares, Juan. Acto y Procedimiento Administrativo. Revocación del acto administrativo. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.
16. Monti, Laura. La teoría jurídica del acto administrativo. Documentación Administrativa / No. 267-268. Septiembre 2003 – Abril 2004.
17. Riascos Gómez, Libardo Orlando. Ensayo Jurídico de Derecho Administrativo. Teoría General del Acto Administrativo II, 2008.
18. Rivero, Jean. Páginas de Derecho Administrativo, El Derecho Administrativo Francés en el Mundo. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2002.
19. Rizo Oyanguren, Armando. Manual Elemental de Derecho Administrativo, León, Nicaragua, 1991.
20. Rodríguez García, Nelson. Los Actos Administrativos, en Revista de Derecho Público, No.24, 1985.
21. Santofimio, Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez, Segunda Edición, Colombia, 1994.
22. Santos Rodríguez, Jorge Enrique. Construcción doctrinaria de la revocación del acto administrativo ilegal, Colombia, 2007
23. Sayagues, Lazo. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Talleres Gráficos Barreriro y Ramos, 1963.

Fuentes Legales:

1. Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria número 7, de 1ro. De agosto de 1992.
2. Código Civil de la República de Cuba, Ley No.- 59, de 16 de julio de 1987.
3. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley No.- 7, de 19 de agosto de 1977. Editorial Pueblo y Educación. La Habana, 1982.

TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA GESTIÓN PÚBLICA MUNICIPAL. VISIÓN DESDE CUBA.

LIC. ZAHILY DE LA CARIDAD MORALES ORTÍZ.

Entre las disímiles definiciones de democracia, una resulta de singular relevancia a los efectos de tratar el principio de transparencia en la gestión pública y es la que aportó Norberto BOBBIO cuando sentenciaba que esta era “el gobierno del poder público en público”¹⁷⁸, a partir de que la legitimidad de la actuación de la administración en un Estado democrático dimana en buena medida de una sociedad concedora de las decisiones de su Gobierno, en la que todas las personas tengan el derecho a saber cómo funciona el mismo, el porqué de la actuación y las decisiones de sus funcionarios y qué recursos del erario público son empleados en los programas estatales. Al decir de Beatriz SOLÍS LEREE “La única manera de que esto suceda, es cuando exista una puerta abierta en el edificio estatal que permita y garantice el libre acceso a la información de la gestión pública y de los recursos que se comprometen en su ejercicio”¹⁷⁹.

Esta afirmación colisiona con la generalidad de la práctica histórica en las “democracias”, donde éstas, como señalaba el propio BOBBIO, pretendían dar transparencia al poder, cumpliendo sus acciones en público. Pero como vicio congénito, la tendencia ha sido la contraria, o sea, no el control del poder por parte de los ciudadanos, sino el control de éstos por parte del poder¹⁸⁰ y el reconocimiento de este derecho y el de la necesaria transparencia de la función pública no se logra en su dimensión ideal, a pesar de que la información sobre los asuntos estatales es de propiedad de los ciudadanos, en cuyo nombre y beneficio se ejerce el poder público¹⁸¹.

Una democracia requiere obligatoriamente de un funcionamiento transparente y responsable por parte de los poderes públicos, de esta manera, el principio de transparencia debe ser reconocido como la regla general y la reserva o secreto como la excepción. Sin embargo, el secretismo ha sido siempre refugio para las prácticas autoritarias, lo que ha estado favorecido por la complejidad de los asuntos a resolver que implica la necesaria participación decisoria de la tecnocracia en detrimento de la valía del criterio del ciudadano común, la jerarquización de la maquinaria burocrática y la lentitud del aparato estatal en su funcionamiento y reacción ante las demandas de la sociedad.

¹⁷⁸Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado*. México: Ed. Siglo XXI, 1986, p.13.

¹⁷⁹Solís Leree, Beatriz. *México entra en la era de la transparencia*, Certamen Nacional de Ensayo. Primera Edición, IFAI, México, 2004, p. 5.

¹⁸⁰Vid. Bobbio, Norberto. Ob. Cit. pp.13-26.

¹⁸¹Hofmann, Andrés. Ramírez-Alujas. Álvaro y Bojórquez Pereznieta, José Antonio. *La promesa del gobierno abierto*. 2012. p. 65. Consultado en <http://www.lapromesadelgobiernoabierto.info/lpga.pdf> el 3/9/2014.

La transparencia, como el derecho a saber, ha tenido amplio reconocimiento en el Derecho internacionalmente, donde el derecho de acceso a la información pública se ha convertido en un derecho humano fundamental y ha trascendido de igual manera a los textos constitucionales de varios países como una actualización del principio clásico del deber de publicidad del Estado.¹⁸² Además ha sido recogida de diversas formas en sus legislaciones, existiendo hasta el año 2008, sesenta y ocho países con leyes de transparencia y de acceso a la información pública¹⁸³; cifra que ha ido creciendo a ritmos acelerados y al mismo tiempo se ha ido construyendo un corpus universalmente aceptado en esta materia en torno a los ingredientes mínimos que debe contener cualquier Ley de transparencia¹⁸⁴. En Iberoamérica de forma mayoritaria tal principio ha sido reconocido como un imperativo del funcionamiento del aparato estatal”¹⁸⁵.

En Cuba, ha existido durante más de medio siglo una práctica política caracterizada por la vinculación del gobierno a la ciudadanía y la consulta con las masas de las principales decisiones, por la instrumentación de un mecanismo de mandato imperativo en las funciones del aparato representativo del Estado a nivel de base y además por la obligación de rendir periódicamente cuentas de su gestión por parte de los entes administrativos a los niveles correspondientes¹⁸⁶. A pesar de ello, el principio de transparencia en la gestión pública, constituye una materia carente de regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico.

La palabra transparente, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, etimológicamente proviene del latín (*trans-*, a través, y *parens*, -entis, que aparece) y como adjetivo se puede emplear dicho de un cuerpo: a través del cual pueden verse los objetos claramente, translúcido o que se deja adivinar o vislumbrar

¹⁸² Cfr. Carbonell, Miguel. El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, En López-Ayllón, Sergio. (coord.). *Democracia, Transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, IFAI-UNAM, 2006, p. 26.

¹⁸³ Salazar Ugarte, Pedro (coord.) *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana razones, significados y consecuencias*, Serie Jurídica No. 426, 1ra edición, México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-IFAI, 2008.

p. VIII.

¹⁸⁴ Cfr. Ackerman, M. John e Sandoval Ballesteros, Irma “*Leyes de acceso a la información en el mundo*” en *Cuadernos de transparencia 07*. 1ra Edición, México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 1-3.

¹⁸⁵ Vid. Resolución N° 11 de la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra” Bolivia, 14-15 de noviembre de 2003. Carta Iberoamericana de la Función Pública, 1ra. Asamblea 2006 - Documento N° 1 Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003. Respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Consultada en <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf/view> el 27-8-2014.

¹⁸⁶ Artículo 99 y 114 c, Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002 en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de Enero de 2003.

sin declararse o manifestarse¹⁸⁷. Consideramos transparente lo que se comprende sin turbiedad, dudas o ambigüedades.

El concepto de transparencia tiene un carácter interdisciplinario, al tener resortes en la ciencia política, la filosofía moral, el derecho, la economía y la administración pública. La inserción de la transparencia en el Derecho deviene de otra antigua institución jurídica: la del principio de publicidad del Estado¹⁸⁸, pero en la publicidad los flujos de información dependían de los contenidos resultantes del interés de los gobiernos emisores de los mensajes y no del ejercicio de un derecho como ocurre en la transparencia, donde la información fluye a los ciudadanos incluso en contra de la voluntad e interés del gobierno.

El origen histórico de la transparencia en la gestión pública se remonta a la antigua Grecia y China, donde fue necesario contar con gobiernos de leyes y no de hombres. Por el contrario, CONFUCIO y ARISTÓTELES remarcaron que un buen gobierno depende de las habilidades de los líderes en el uso de su discreción. Estos dos enfoques: reglas versus discreción se mantienen hasta hoy en el debate.¹⁸⁹

Otro pensador histórico como Emmanuel KANT se pronunció con respecto a la franqueza, apertura y la predictibilidad de las reglas y leyes de una sociedad. Al final de su obra “Sobre la paz perpetua”, señaló la máxima de que “son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”¹⁹⁰ considerando la publicidad de los poderes públicos como un principio ético y jurídico, que se ha topado y se topa con inercias contrarias,¹⁹¹ pues como decía WEBER, “el gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad”¹⁹²

El francés, Jean Jacques ROUSSEAU, también escribió que “la oscuridad y secretividad son los enemigos de las sociedades” y añadió “los servidores públicos deben operar bajo el ojo privado con el fin de evitar intrigas y cábalas desestabilizadoras”. Es Jeremy BENTHAM, a fines del siglo XVIII quien usó por primera vez el término de transparencia y dijo que “es una verdad indisputable y una de las bases de la ciencia política, entre más estrictamente seamos vigilados, mejor nos comportamos”.¹⁹³

¹⁸⁷ Diccionario de la lengua española (DRAE) edición 22ª, publicada en 2001 consultada en <http://lema.rae.es/drae/?val=Transparencia> el 14-8-2014.

¹⁸⁸ Cfr. Villanueva. Ernesto. Aproximaciones conceptuales a la idea de transparencia, De Merino, Mauricio (coord.) *Transparencia: libros, autores e ideas*. Primera Edición, México: IFAI-CIDE, 2005, pp. 62-63.

¹⁸⁹ Vid, De León, Paulo C. “*Hacia un concepto de Transparencia: Orígenes e importancia*”, 2008. Consultado: <http://ca-bi.com/blackbox/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Transparencia1.pdf> el 4 - 9 - 2014

¹⁹⁰ Kant, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*, (6ª ed., trad. de Joaquín Abellán, presentación de Antonio Truyol y Serra, Madrid: Ed. Tecnos, 1998, pp. 61-62.

¹⁹¹ *Ídem*.

¹⁹² Weber, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México: Ed. Johannes Winckelmann, (nota preliminar de José Medina Echavarría), FCE, 1964, p. 746.

¹⁹³ De León, Paulo C. *Ob. Cit.*

El sacerdote sueco-finlandés Anders CHYDENIUS, impulsó en 1776, la primera ley de acceso a la información gubernamental en Suecia. Fueron los suecos quienes descubrieron que la transparencia y el acceso a la información es un disolvente de prácticas patrimonialistas, discrecionales, ilegales y corruptas. Sólo dos siglos después, salvo el caso de Colombia (1888), esta idea llegó a Finlandia (1951), Estados Unidos (1966), Dinamarca (1970), para volverse luego parte de la oleada democratizadora en los últimos cinco años del siglo XX¹⁹⁴. Dichas leyes constituyen una suerte de “expropiación” a funcionarios y autoridades de la información pública.

En el presente siglo los movimientos que exigen transparencia pretenden hacer responsable al Gobierno de sus actos y decisiones en relación a la ejecución de presupuesto, costeo de las operaciones estatales, entre otros temas de interés público y que quienes ejercen funciones públicas puedan verse a sí mismos no como autoridades o como dueños del Estado sino como servidores o gestores en beneficio del bien común, y que no se sientan dueños de la información, sino depositarios transitorios de la misma. Recientemente en el año 2011, surgió en el marco de la ONU una iniciativa internacional llamada *Open Government Partnership*, que promueve políticas de transparencia mediante tres principios: confianza pública, sistema de transparencia y participación de la sociedad con el gobierno, lo cual eleva los niveles de transparencia, fomenta la participación ciudadana en los asuntos públicos y combate la corrupción. Para materializar esta idea fue creada la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA), a la cual se han incorporado 57 países.¹⁹⁵

En términos jurídicos, el principio de transparencia de la administración pública, ha sido entendido por Ernesto VILLANUEVA, como “el deber de los mandatarios o gobernantes para realizar como regla general sus actuaciones de manera pública, como un mecanismo de control del poder y de legitimidad democrática de las instituciones públicas”¹⁹⁶.

La transparencia, para Daniel KAUFMAN, director del Instituto del Banco Mundial, hace posible que trabajen mejor los motores del desarrollo y el bienestar; los mercados y la gobernanza. Para él, “la transparencia es el aumento en el flujo de información accesible, oportuna, relevante, de calidad y confiable en los ámbitos sociales, económico y político”¹⁹⁷.

Puede definirse también como “el deber que tienen todos los poderes públicos de dar razón de sus actos, de explicar, razonada y razonablemente, su actuación”¹⁹⁸.

Enmanuel JIMÉNEZ FRANCO considera que el principio de transparencia es el derecho a saber, que se define como el deber de todos los poderes públicos de explicar a la ciudadanía cómo gestionan los fondos públicos, cómo ejercen las potestades administrativas y los servicios públicos, cómo desarrollan esas funciones públicas

¹⁹⁴ Vid. Ackerman, M John. y Ballesteros Sandoval, Ob. Cit. pp. 1-3.

¹⁹⁵ Hofmann, Andrés. Ramírez-Alujas, Álvaro y Bojórquez Pereznieta, José Antonio. (coords.) *Ob. Cit.* P. 28.

¹⁹⁶ Villanueva. Ernesto. Aproximaciones conceptuales a la idea de transparencia, De Merino, Mauricio (coord.) *Transparencia: libros, autores e ideas*. Primera Edición, México: IFAI-CIDE, 2005, p. 64.

¹⁹⁷ *Ídem*, p. 31.

¹⁹⁸ Arenilla Sáez, Manuel y Redondo Lebrero, Juan Carlos. “*Crisis y reforma de la Administración Pública*”, Netbiblo, Oleiros, 2011, p. 360.

que son encomendadas por la ciudadanía. Alega además que existen dos partes dentro de este derecho: una proactiva y la otra reactiva, o sea, una activa y la otra pasiva. La primera es la información pública de oficio: es la obligación positiva que tienen todos los poderes públicos de proporcionar, exponer, publicar información, sin necesidad de que exista una solicitud o requerimiento por parte de la ciudadanía acerca de su presupuesto, de sus gastos, de todas sus actividades. La segunda es el derecho que tienen todas las personas de solicitar determinada información de esos organismos públicos, es decir, el derecho de acceso a la información pública donde se establece un procedimiento administrativo y con los órganos de control.¹⁹⁹

Para la Administración Pública constituye una obligación exponer de oficio información pública relevante y actualizada de los aspectos de la gestión pública y publicarla utilizando Portales de libre acceso del ciudadano en la internet para que las decisiones estatales puedan ser fácilmente consultadas, y por otro lado, garantizar a los administrados el derecho correlativo de acceso a la información pública para solicitar determinada información de las administraciones públicas, las cuales “deben ser y aparecer como verdaderas casas de cristal en cuyo interior pueda penetrar fácilmente el ojo avizor y escrutador de los administrados y de las organizaciones colectivas fundadas por éstos, para que puedan contemplar, entender y fiscalizar su organización y funciones”.²⁰⁰

Las virtudes de la transparencia como atributo de la gestión de los asuntos públicos son indudables. Permite a los ciudadanos el acceso a la información sobre las materias que en el marco de una democracia, necesariamente les conciernen, en cuantos destinatarios de las políticas públicas y contribuye de manera clara al control social de las actividades de los agentes estatales y a la prevención de la corrupción. Permite además, la existencia de una participación política informada, de un debate agudo y, en lo posible, basado en la evidencia que fluye de la información pública²⁰¹.

La transparencia, admite y requiere límites para preservar otros derechos u objetivos sociales. Sin embargo no siempre resulta obvio el límite correcto entre reserva y difusión de información. Peor aún la historia está llena de invocaciones abusivas de causales de reserva por parte de organismos públicos reticentes al control social.²⁰²

No obstante, en la práctica jurídica internacionalmente, el derecho de acceso a la información pública está sujeto a una serie de límites intrínsecos: en primer lugar a que la información sea de interés público y en segundo el secreto de Estado, que comprende aspectos tales como la seguridad nacional interna o externa, la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía del Estado y las relaciones exteriores.

¹⁹⁹Vid. Jiménez Franco, Enmanuel. “*Principios de transparencia activa*”. Conferencia realizada en la Universidad de Salamanca el 10/06/2013.

²⁰⁰ Jinesta Lobo, Ernesto. “*Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa*”. Consultado en <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVA%20DERECHO.PDF> el 15-8-2014.

²⁰¹Vid. Hofmann, Andrés. Ramírez-Alujas, Álvaro y Pérez Nieto, José Antonio. (coords.) *Ob. Cit.*

²⁰²*Idem*, pp. 65- 66.

En tanto, como limitaciones externas o accidentales se reconocen la moral y el orden público, el derecho a la intimidad, el secreto bancario y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas y la averiguación de los delitos²⁰³.

El derecho a la información ha encontrado reconocimiento en diversos tratados internacionales. Así ocurre con el art. 19.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde es considerado un derecho humano fundamental; el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 13.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el ámbito americano, el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a la información en su art. 13 inciso 1. Es preciso advertir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la consagración del derecho a la información implica la del derecho de acceso a la información pública.²⁰⁴ Estos cuerpos jurídicos internacionales, han tenido reflejo en cuanto a ese derecho fundamental en numerosos países de todo el mundo, de los que a continuación citaremos algunos ejemplos.

En Chile, con las reformas constitucionales del 2005, el nuevo art. 8 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional el principio de probidad y el de publicidad o transparencia para todas las actuaciones de la Administración, sin perjuicio de la Ley de acceso a la información pública No. 20.285.²⁰⁵

En México, en el mes julio de 2007, se reformó la Constitución y fueron adicionados varios párrafos al art. 6, regulándose que toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada en los términos que fijan las leyes; que toda persona sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la ratificación de éstos; y además que se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos, los cuales se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. Por su parte, la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental señala en su art. 3 como sujetos obligados a los tres poderes, a los tribunales administrativos y a los órganos constitucionales autónomos. En el art. 7 establece como obligaciones de transparencia: publicitar la estructura orgánica y sus atribuciones, el presupuesto asignado y los informes de su ejecución, los resultados

²⁰³Vid. Recurso de Amparo. Voto 2120-03 de las 1.30 horas del 14/03/2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José de Costa Rica. Consultado en <https://docs.google.com/document/d/1TtggJCwT.../edit> el 14-8-2014.

²⁰⁴Vid, Díaz Cafferata Santiago. "El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una Ley". Lecciones y Ensayos, No. 86, 2009. Consultado en www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/.../06-ensayo-diaz-cafferata.pdf el 22-9-2014.

²⁰⁵Vid. San Martín Barraza, Alejandro. "El principio de transparencia y publicidad de los actos de la administración del Estado y los secretos de la Defensa". Consultado en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3257732> el 14-8-2014

de las auditorias, las contrataciones, concesiones o permisos, obras públicas y marco normativo aplicable a la entidad, entre otras.²⁰⁶

La Constitución de Ecuador, uno de los exponentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano se aprobó mediante referéndum popular en el año 2008. En su art. 18 enuncia el derecho de todas las personas a buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información y a acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. Además se expresa que no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En su art. 91 establece que la acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. La nueva Carta Magna plantea un nuevo modelo de relaciones de poder en la sociedad, donde los ciudadanos tengan el deber de ejercer el control social en todos los niveles de gobierno y de participar de manera protagónica en la toma de decisiones, en la concepción, planificación, ejecución, gestión, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos, como parte integral de ese proceso permanente de construcción del poder ciudadano, que tendrá el encargo de incentivar la participación, fomentar políticas de transparencia, control y rendición de cuentas.²⁰⁷

En el continente europeo se encuentra el caso de España, donde fue aprobada recientemente, la Ley 19/2013 de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esta ley se configura como la norma general en materia de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública. A pesar de que la Constitución Española no reconoce expresamente este derecho, puede considerarse como un derecho fundamental implícito y conexo del derecho a recibir información veraz (art. 20.1d) y del derecho a participar directamente en los asuntos públicos (art. 23.1).²⁰⁸

En el panorama internacional y especialmente en los estados en los que ha cobrado fuerza el nuevo constitucionalismo latinoamericano, se aprecia cómo se ha ido institucionalizando el derecho de acceso a la información pública, lo que puede servir de estímulo, explicación y necesidad para que en Cuba también sea plasmado en el texto constitucional. Asimismo, nos da la medida de cómo podemos insertarnos en esta disciplina que se ha ido imponiendo en el mundo contemporáneo como parte de los derechos fundamentales, que al decir de Luigi FERRAJOLI, “son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad

²⁰⁶ Vid. De la Torre Torres, María Rosa y Torres Melgoza, *Elizabeth Esperanza. “Transparencia y Buen Gobierno en la Universidad Pública. Reflexiones en torno al caso mexicano”*. Consultado en www.derecom.com/numeros/portada04.html, el 14-8-2014.

²⁰⁷ Vela Navarro-Rubio, Ricardo, “*La democracia participativa en el constitucionalismo latinoamericano*”. Nueva Revista No.122, abril 2009. Consultado en <http://www.nuevarevista.net/articulos/la-democracia-participativa-en-el-constitucionalismo-latinoamericano> el 14-8-2014.

²⁰⁸ Vid. Rey Martínez, Fernando. “*El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental*”. Transparencia, acceso a la información Pública y buen gobierno. Análisis de la cuestión tras la Ley 19/2013. Revista Jurídica de Castilla y León, No. 33, Mayo 2014. pp. 3-4. Disponible en <http://www.jcyl.es/revistajuridica> y consultado el 3-9-2014.

de obrar²⁰⁹ y son tales porque protegen y preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna²¹⁰. En el derecho a la información pública, dicha protección opera en dos distintas maneras: a) la posibilidad de darle contenido, calidad y sustancia a otros derechos fundamentales²¹¹ y b) el valor autónomo que tiene la información como bien jurídico²¹².

En Cuba como antes señalábamos no existe un reconocimiento constitucional expreso al principio de transparencia, a pesar de la práctica de una democracia participativa en la que las principales decisiones se consultan con la población,²¹³ lo que ha estado condicionado por el asedio en el campo de lo político, económico y militar a que ha estado sometido el país por parte del imperialismo norteamericano, siempre a la caza de cualquier información sensible que le permita desacreditar a la dirección del Estado Revolucionario o facilitar el endurecimiento del bloqueo económico y comercial que ha tenido por objetivo erosionar desde la subversión el sistema sociopolítico cubano.

No obstante a partir del año 2010 han sido múltiples los pronunciamientos de los máximos dirigentes del Estado en relación al excesivo secretismo que sirve para marginar a la sociedad del conocimiento de las insuficiencias de funcionarios y dirigentes y sirve a su vez como caldo de cultivo idóneo para la corrupción administrativa.

En la clausura del Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular el 18 de diciembre de 2010 el presidente del

²⁰⁹Carbonell, Miguel. *Ob. Cit.* p. 6.

²¹⁰*Ídem.* p. 4.

²¹¹*Ídem.* p. 4. La libertad de expresión u opinión para su pleno ejercicio debe estar nutrido de información, si no este sería estéril y completamente vacío, igualmente ocurre con los derechos electorales ya que para ejercer por ejemplo el sufragio activo es imprescindible que el ciudadano cuente con información respecto a sus gobernantes para poder ejercer un voto razonado, y el ejercicio de la participación política de la ciudadanía tiene como precondition la posibilidad de darle al pueblo toda la información necesaria y de garantizarle el derecho de acceso a la información para que éste pueda decidir en cuestiones públicas directa o indirectamente. pp. 6-7.

²¹²*Ídem.* p. 9. Este se traduce en el derecho de habeas data, que permite acceder a los datos personales contenidos en bases o bancos de datos públicos o en manos de particulares para rectificar, suprimir, actualizar o pedir la confidencialidad de ciertos datos, y este valor propio sirve de fundamento para la libertad de investigación).

²¹³En el magno evento del movimiento sindical cubano Raúl Castro Ruz citando una intervención de Fidel Castro en el XIII congreso de la CTC señalaba “No se impone un punto de vista, se discute con los trabajadores. No se adoptan medidas por decreto, no importa cuan justas o cuan acertadas puedan ser... las decisiones fundamentales que afectan a la vida de nuestro pueblo, tienen que ser discutidas con el pueblo y esencialmente con los trabajadores”. Discurso pronunciado por el General de Ejército Raúl Castro Ruz, Primer Secretario del Comité Central del Partido Comunista de Cuba y Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, en las conclusiones del XX Congreso de la Central de Trabajadores de Cuba, 22 de febrero de 2014, “Año 56 de la Revolución”. (Versiones Taquigráficas – Consejo de Estado) consultado en: <http://www.cubadebate.cu/opinion/2014/02/22/discurso-de-raul-en-la-ctc-para-distribuir-riqueza-primero-hay-que-crearla/#.VEV1SyJhmpc> el 15-10-2014.

Consejo de Estado Raúl CASTRO señalaba “Es preciso poner sobre la mesa toda la información y los argumentos que fundamentan cada decisión y de paso, suprimir el exceso de secretismo a que nos habituamos durante más de 50 años de cerco enemigo. Siempre un Estado tendrá que mantener en lógico secreto algunos asuntos, eso es algo que nadie discute, pero no las cuestiones que definen el curso político y económico de la nación. Es vital explicar, fundamentar y convencer al pueblo de la justeza, necesidad y urgencia de una medida, por dura que parezca.” En la propia intervención exponía su posición personal al respecto cuando señalaba “soy un defensor de la lucha contra el secretismo, porque detrás de esa adornada alfombra es donde se ocultan las fallas que tenemos, y los interesados en que sea así y siga así [...]”²¹⁴.

En tal sentido nos queda un amplio trecho por recorrer, que transita por deslindar cuál información realmente pudiera ser sensible y lesiva en manos de los enemigos de la Revolución. Este reto se enmarca en el nuevo contexto de las relaciones entre Cuba y los Estados Unidos, ya que los mandatarios de ambos países el 17 de diciembre de 2014 expresaron su disposición de restablecer las relaciones diplomáticas y avanzar en un complejo proceso hacia la normalización, que incluye la devolución del territorio ilegalmente ocupado por la Base Naval de Guantánamo, el levantamiento del bloqueo económico, comercial y financiero que es el principal obstáculo al desarrollo de Cuba, el cese de las operaciones radio-electrónicas dirigidas a subvertir el orden interno, entre otras cuestiones. Entre ambos países existen profundas diferencias en cuanto a sistema político, democracia, derechos humanos pero debe primar el respeto mutuo para promover vínculos que propicien el acercamiento y con ello se mantenga la paz, la estabilidad, el desarrollo y la equidad.

Bibliografía.

ACKERMAN, John M. y SANDOVAL BALLESTEROS, Irma E. “*Leyes de acceso a la información en el mundo*” en Cuadernos de transparencia 07, 1ra Edición, México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 1-3.

ARENILLA SÁEZ, Manuel y REDONDO LEBRERO, Juan Carlos, “*Crisis y reforma de la Administración Pública*”, Netbiblo, Oleiros, 2011, p. 360.

BOBBIO, Norberto. *Sociedad y Estado*. México: Ed. Siglo XXI, 1986, pp.13-26

CARBONELL, Miguel. El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, En LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. (coord.). *Democracia, Transparencia*

²¹⁴Raúl Castro Ruz, Discurso pronunciado por el General de Ejército Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, en la clausura del Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en el Palacio de Convenciones, el 18 de diciembre de 2010, “Año 52 de la Revolución”.(Versiones Taquigráficas – Consejo de Estado) Consultado en <http://www.cubadebate.cu/especiales/2010/12/18/raul-castro-discurso-en-la-asamblea-nacional/#.VEWC4CJhmpe> el 15-10-2014

y *Constitución: propuestas para un debate necesario*, México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, IFAI-UNAM, 2006.

CASTRO RUZ, Raúl. Discurso pronunciado por el General de Ejército Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, en la clausura del Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en el Palacio de Convenciones, el 18 de diciembre de 2010, “Año 52 de la Revolución”. (Versiones Taquigráficas – Consejo de Estado) Consultado en: <http://www.cubadebate.cu/especiales/2010/12/18/raul-castro-discurso-en-la-asamblea-nacional/#.VEWC4CJhmpc> el 15-10-2014.

Discurso pronunciado por el General de Ejército Raúl Castro Ruz, Primer Secretario del Comité Central del Partido Comunista de Cuba y Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, en las conclusiones del XX Congreso de la Central de Trabajadores de Cuba, 22 de febrero de 2014, “Año 56 de la Revolución”. (Versiones Taquigráficas – Consejo de Estado) consultado en: <http://www.cubadebate.cu/opinion/2014/02/22/discurso-de-raul-en-la-ctc-para-distribuir-riqueza-primero-hay-que-crearla/#.VEV1SyJhmpc> el 15-10-2014.

Constitución de la República de Cuba, artículo 99 y 114 c, de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002 en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.

DE LA TORRE TORRES, Rosa María y TORRES MELGOZA, Esperanza Elizabeth. “*Transparencia y Buen Gobierno en la Universidad Pública. Reflexiones en torno al caso mexicano*”. Consultado en: www.derecom.com/numeros/articulo0204.html el 14-8-2014.

DE LEÓN, Paulo C. “*Hacia un concepto de Transparencia: Orígenes e importancia*”, 2008. Consultado en: <http://ca-bi.com/blackbox/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Transparencia1.pdf> el 4-9-2014

DÍAZ CAFFERATA, Santiago. “*El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una Ley*”. Lecciones y Ensayos, No. 86, 2009. Consultado en www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/.../86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf el 22-9-2014.

Diccionario de la lengua española (DRAE) edición 22^a, publicada en 2001 consultada en <http://lema.rae.es/drae/?val=Transparencia> el 14-8-2014

HOFMANN, Andrés. RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro y BOJÓRQUEZ PEREZNIETO, José Antonio (coords.) “*La promesa del gobierno abierto*”, 2012, pp. 28, 65, 66. Consultado en <http://www.lapromesadelgobiernoabierto.info/lpga.pdf> el 3-9-2014.

JIMÉNEZ FRANCO, Enmanuel. “*Principios de transparencia activa*”. Conferencia realizada en la Universidad de Salamanca el 10/06/2013. Consultado en: http://campus.usal.es/~memoria/1213/06_investiga/Departamentos/Derecho_Admin_Financiero_y_Procesal.pdf el 1-9-2014.

JINETA LOBO, Ernesto “*Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa*”. Consultado en

- <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%200rev/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVAY%20DERECHO.PDF> el día 15-8-2014.
- KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*, (6ª ed., trad. de Joaquín ABELLÁN, presentación de Antonio TRUYOL Y SERRA, Madrid: Ed. Tecnos, 1998.
- Recurso de Amparo. Voto 2120-03 de las 1.30 horas del 14/03/2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José de Costa Rica. Consultado en <https://docs.google.com/document/d/1TtggUCwT.../edit?> el 14-8-2014.
- Resolución N° 11 de la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra” Bolivia, 14-15 de noviembre de 2003. Carta Iberoamericana de la Función Pública, 1ra. Asamblea 2006 - Documento N° 1 Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003. Respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Consultada en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf/view> el 27-8-2014.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. “*El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental*”, *Transparencia, acceso a la información Pública y buen gobierno. Análisis de la cuestión tras la Ley 19/2013*, Revista Jurídica de Castilla y León. No. 33, Mayo 2014, pp. 3-4. Disponible en <http://www.jcyl.es/revistajuridica> y consultado el 3-9-2014.
- SALAZAR UGARTE, Pedro. (coord.) “*El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias*”, Serie Jurídica No. 426, 1ra edición, México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-IFAI, 2008.
- SAN MARTÍN BARRAZA, Alejandro. “*El principio de transparencia y publicidad de los actos de la administración del Estado y los secretos de la Defensa.*” Consultado en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3257732> el 15-8-2014.
- SOLÍS LEREE, Beatriz. “*México entra en la era de la transparencia*”, Certamen Nacional de Ensayo. Primera Edición, México: IFAI. 2004.
- VELA NAVARRO-RUBIO, Ricardo. “*La democracia participativa en el constitucionalismo latinoamericano*”, *Nueva Revista*, No. 122, abril 2009. Consultado en <http://www.nuevarevista.net/articulos/la-democracia-participativa-en-el-constitucionalismo-latinoamericano> el 14-8-2014.
- VILLANUEVA. Ernesto. Aproximaciones conceptuales a la idea de transparencia, De MERINO, Mauricio (coord.) *Transparencia: libros, autores e ideas*. Primera Edición, México: IFAI-CIDE, 2005.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad. “Esbozo de sociología comprensiva.”* México: Ed. Johannes Winckelmann, (nota preliminar de José Medina Echavarría), FCE, 1964.

GOBIERNO Y FACULTAD REGLAMENTARIA: UNA APROXIMACIÓN A LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS EN EL ÁMBITO HOLGUINERO.

LIC. IRINA MILAGRO RODRÍGUEZ LABRADA

DR. C. JOSÉ AUGUSTO OCHOA DEL RÍO

Desde los primeros años en la ciencia del Derecho se estudia que la norma jurídica tiene al igual que las otras normas un protagonismo dentro del actuar legal y que la estructura del sistema jurídico puede ser concebida de forma dinámica, lo que significa que este se puede encontrar en constante modificación sin alterar su naturaleza, ya que prevé procedimientos jurídicos para crear nuevas normas, así como para eliminarlas o modificarlas.

La norma jurídica es una regla dirigida a la ordenación del comportamiento humano, prescrita por una autoridad y cuyo incumplimiento puede llevar aparejado una sanción y que, generalmente, impone deberes y confiere derechos. Sin embargo, no toda disposición jurídica es norma jurídica, sino sólo la que se expresa en forma de regla general, de conducta destinada a la repetición de las relaciones sociales que regula y aplicación a un círculo de personas no determinado previamente.

En el Derecho Administrativo la norma jurídica reviste forma y matices variados. Los preceptos a veces emanan del Órgano Legislativo y otras de la propia Administración, aunque en este caso no creando situaciones de Derecho u otorgando competencia administrativa. En ocasiones, estos últimos tienen carácter general o bien deciden sobre situaciones particulares.

De manera que cuando nos referimos a la norma jurídico administrativa hablamos del conjunto de normas de derecho que regulan las relaciones sociales que se forman en la esfera de la Administración Pública o de la actividad administrativa, dispositiva y ejecutiva del Estado, conjunto de normas que forman el Derecho Administrativo y que tienen como objetivo el logro de los fines estatales en atención a las necesidades de la sociedad.

El acto administrativo, por su parte, es la declaración de voluntad unilateral realizada por la Administración Pública, con el objetivo de producir efectos jurídicos, ya que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas.²¹⁵ Esta declaración de voluntad se materializa a través de los instrumentos jurídicos administrativos, los que precisamente constituyen el objeto y fin primordial de la

²¹⁵ García de Enterría, E. y Ramn Fernández, T.: *Curso de Derecho Administrativo I*, parte 1. Editorial Félix Varela. La Habana 2006.

investigación. Prácticamente integran actos administrativos todas las resoluciones y disposiciones, verbales o escritas (singularmente éstas, debido a su constancia); sean Decretos, Acuerdos, Órdenes, Instrucciones o Circulares.

Es por ello la importancia del tema a investigar pues aunque resulte que la Ley emane de la Asamblea Nacional del Poder Popular, máximo órgano legislativo del poder del Estado en Cuba, existen ciertos órganos que poseen potestad reglamentaria los cuales pueden emitir también normas jurídicas con el objetivo de regular todo lo concerniente a un sector o territorio determinado.

El estudio parte de un Proyecto denominado *Sistemas de predeterminación de la revisión normativa*, conformado por profesores y estudiantes de la carrera de Derecho, y que se desarrolló en la Asamblea Provincial del Poder Popular, realizándose un análisis de los instrumentos jurídicos emitidos por el Consejo de Administración Provincial en el territorio holguinero y que consecuentemente con la sistematización de los productos científicos en torno al tema, realizada por los autores, y en virtud de los resultados alcanzados mediante la implementación de entrevistas y encuestas, entre otros métodos, se detectaron las siguientes evidencias teórico-prácticas:

- A pesar de que existe una metodología para la elaboración de la ley, esta no se ajusta a las particularidades de la norma jurídica administrativa para una organización y funcionamiento de un territorio determinado.
- Aunque existen numerosos instrumentos jurídicos que emplea la Administración en la actividad diaria, no se conocen las formalidades y el contenido esencial con el que deben estar revestidos.
- Es insuficiente el empleo de instrumentos jurídicos, destáquese en este sentido el uso de la Resolución, y el Reglamento en menor medida.

En consecuencia se determinó como objetivo: Determinar los referentes teórico-metodológicos que sustentan la formación de los instrumentos jurídicos administrativos.

La temática específica que se pretende abordar, hasta donde los autores han profundizado, no se ha tratado en su aspecto teórico o práctico en otras partes del país, o sea, en Cuba no se poseen evidencias de estudios referentes a esta materia, por lo que ahí radica su novedad esencial, aunque se tiene como referente para el marco teórico relativo a la formación de las normas jurídicas la tesis doctoral de la profesora santiaguera Josefina Méndez. Desde el punto de vista normativo no se ha realizado norma jurídica alguna respecto a las formalidades y el contenido con el que deben estar revestidos.

Cuando se habla del acto normativo, se alude a todas las formas jurídicas, de cualquier jerarquía, mediante las cuales se crean, por diferentes autoridades estatales, normas de carácter legal. Sin embargo, el acto normativo en sentido estricto suele reducirse a la ley, técnica y exclusivamente entendida, como norma legal del rango mayor, debajo de la Constitución y con fundamentación y formalidades que la colocan por encima del resto de la normatividad jurídica de un país, cualquiera que ésta sea. Existen otros actos normativos de menor rango en todos los sistemas jurídicos de cualquier país del mundo, de manera que se puede hablar de los actos normativos, como fuentes de Derecho, en sentido lato,

aludiéndolos a todos, es decir, Leyes, Decretos, Resoluciones, Decretos Leyes, etc.; o en sentido estricto, referido sólo a la Ley.

La Administración Pública, despliega una gama de actividades dirigidas a responder los intereses de la inmensa mayoría de la sociedad, para lo cual se vale de diferentes normas jurídicas. Esta formalización de la manifestación de la voluntad, unilateral y reglada, que exterioriza la Administración para cumplir sus finalidades sociales y que tiene carácter vinculante en su vida interna y para terceros, es lo que se denomina instrumentos jurídicos administrativos.²¹⁶

Si se observa el marco legal de dichas disposiciones, es fácil percatarse de que, independientemente de la formalidad que revistan éstas, sea la de un acto administrativo, sea la de un acto de la Administración, tiene un origen constitucionalista, naciendo a la par de un conjunto de leyes y decretos leyes-leyes que, si bien pueden ser utilizadas por la Administración, no son objetivo fundamental de esta en su quehacer cotidiano; no así con el Decreto, que se erige como el instrumento jurídico administrativo de mayor jerarquía, en tanto es emitido por el máximo órgano ejecutivo y administrativo del Estado, que en el caso de Cuba, es el Consejo de Ministros.²¹⁷

Dentro de las principales manifestaciones de voluntad emitidas por la Administración Pública en Cuba se encuentran el Decreto, el Reglamento y la Resolución²¹⁸, que provienen del poder de esta de dictar normas jurídicas; así como la Instrucción, la Circular, el Dictamen y la Orden que derivan de las relaciones jerárquicas y de coordinación que se establecen entre los órganos. También son instrumentos jurídicos administrativos los actos del máximo órgano ejecutivo y administrativo del Estado, que además, constituye el Gobierno de la República. Ejemplo de ello son los Decretos y Acuerdos del Consejo de Ministros y de su Comité Ejecutivo, que expresan la voluntad de la Administración y se ejercitan en virtud de la función ejecutiva y administrativa que le concede la Administración a dicho órgano y que es derivada de la relación del poder público.

El Decreto es el instrumento jurídico administrativo de mayor jerarquía, disposición emitida por el máximo órgano ejecutivo y administrativo del Estado y su Comité Ejecutivo²¹⁹. Es un acto administrativo, ya que el Consejo de Ministros lo emite en el ejercicio de su función administrativa, constituyéndose como tal, siempre que entre en vigor en el ejercicio de esta función y tenga contenido administrativo. Está encaminado a regular la creación, modificación o extinción de relaciones jerárquicas generales, o de una relación jurídica concreta en una o varias ramas determinadas que no pueden ser reguladas por otros órganos administrativos de menor jerarquía, en tanto están limitados en razón de los preceptos constitucionales.

²¹⁶ Colectivo de Autores: *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana 2004.

²¹⁷ Ídem.

²¹⁸ Ver Art 98 inciso k cuando se refiere a la atribución del Consejo de Ministros de dictar decretos y disposiciones sobre la base y en cumplimiento de las leyes vigentes y controlar su ejecución. *Constitución de la República*.

²¹⁹ Artículo 95 referido al Consejo de Ministros. *Constitución de la República*.

Por su parte, el Reglamento es una manifestación unilateral de voluntad emitida por la Administración Pública u otro ente en el ejercicio de la potestad reglamentaria que se le atribuye, en virtud de la cual entran en vigor preceptos generales que constituyen actos jurídicos; entrada en vigor que se produce a partir de un Decreto o una Resolución. Emanada en virtud del ejercicio de la potestad reglamentaria que le es conferida por Ley a la Administración y tiene un alcance general. Constituye una fuente del Derecho Administrativo, erigiéndose, en el Estado moderno, como la cuantitativamente más importante para la Administración.²²⁰ Aunque en este sentido, es válido aclarar que una Resolución no pone en vigor un Reglamento, el Reglamento es lo que contiene la Resolución, y por lo tanto, no es ajeno a esta pues se articula en cuerpo de este instrumento jurídico.²²¹

La Resolución es “una disposición en la que se expresa la decisión razonada de la Administración a un asunto determinado a través del funcionario legalmente facultado para emitirla.”²²² A través de esta, generalmente, la Administración lleva a efecto, dentro del ámbito de su competencia, sus decisiones, exteriorizadas como actos administrativos y reglamentos, es por ello que constituye el instrumento jurídico más utilizado. En síntesis, la Resolución es un acto propio de la Administración pues exterioriza su voluntad unilateral, estableciendo los mecanismos para que se materialice lo que se ha dispuesto sobre una materia determinada.²²³

Con respecto a la definición que de Resolución se establece en la Resolución 45 de la Ministra de Justicia hay que detenerse en lo que *decisión razonada* significa, y es que está empleada de forma incorrecta, en el sentido de que a través de esta no solo se establecen normas como es el caso del Reglamento, sino que también puede contener un acto administrativo.

Por todo lo enunciado anteriormente se puede concluir que los instrumentos jurídicos administrativos son aquellas disposiciones emitidas por la Administración que tienen carácter vinculante para los destinatarios de las mismas, sea acto administrativo o acto de la Administración. Por lo tanto, revisten tal condición el Decreto, el Reglamento²²⁴, la Resolución, la Instrucción, la Orden y el Acuerdo; no así el Dictamen y la Circular que son instrumentos de trabajo de la Administración.²²⁵

²²⁰ Garcini Guerra, H. Ob. Cit. pág. 48.

²²¹ Matilla Correa, A.: Conferencia ofrecida con motivo de Postgrado en la Unión de Juristas de Holguín. 30 y 31 de mayo de 2013.

²²² Resolución 45 de 2002 de la Ministra de Justicia, *Metodología para la redacción de proyectos de resoluciones en la actividad de asesoramiento jurídico*. Promulgada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.6 de fecha 16 de enero de 2002.

²²³ Es preciso aclarar que no todos los funcionarios pueden emitir Resoluciones, sino solamente cuando las características del cargo así lo permita y sea expresamente autorizado para ello.

²²⁴ Emitido vía Resolución, siendo este el instrumento jurídico administrativo.

²²⁵ Estas definiciones fueron extraídas de Colectivo de Autores, *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Tomo II.

El conocimiento y uso adecuado de todos estos instrumentos jurídicos por parte de la Administración y sus asesores jurídicos es de suma importancia, pues contribuye a perfeccionar el funcionamiento de los organismos y entidades y a interpretar y aplicar las regulaciones vigentes de un modo más efectivo, lo cual incidirá positivamente en la ejecución más eficiente de las tareas para la consecución exitosa de los objetivos de trabajo.

Conforme a la división político administrativa el país se divide en provincias y municipios y a cada nivel se crean órganos de poder estatal y de los diferentes subsistemas de órganos del Estado.²²⁶ Con la constitución de las Asambleas del Poder Popular en las instancias del municipio, la provincia y la nación, durante 1976, las instituciones provisionales que tuvieron la responsabilidad de la conducción del Estado cubano durante los primeros años de construcción revolucionaria, fueron definitivamente sustituidas por nuevos órganos encargados de continuar la gestión estatal en la edificación del socialismo.

Esta creación es considerada como un hito en el proceso de construcción de la democracia cubana, en la medida en que mediante ellos “se crearon las condiciones más adecuadas para la democracia socialista, la forma superior de democracia, al facilitar institucionalmente la participación de las masas en el gobierno de la sociedad, tanto en los asuntos locales como en los nacionales”.²²⁷

Los objetivos de estos órganos de poder, se logran a través de la Potestad Reglamentaria que posee la Administración Pública, atribución reconocida constitucionalmente al Gobierno del Estado y por extensión a la Administración Estatal, para elaborar y poner en vigor disposiciones normativas de carácter general y abstracto, a los efectos de la mejor ejecución y aplicación de las leyes relativas al orden administrativo.

La potestad o facultad reglamentaria no es más que el ejercicio de poderes que dimana de la propia naturaleza de la Administración Pública, ya que como afirma Hauriou²²⁸ se origina en la naturaleza misma de las cosas, puesto que el Gobierno y la Administración son imposibles de ejercer sin el *imperio*. En otras palabras “...la Administración cuenta, como atribución propia con la potestad reglamentaria”.²²⁹

En el orden administrativo, la facultad reglamentaria constituye la esencia de la función política del gobierno del Estado de dirigir, reglamentar, coordinar y controlar la Administración Pública, establecida constitucionalmente y organizada a través de la ley. Se expresa mediante la reglamentación, que tiene como fundamento jurídico la necesidad de regular en detalle, para su ejecución y aplicación, las disposiciones legislativas de carácter administrativo, elaboradas, aprobadas y puestas en vigor por el órgano legislativo del Estado, para la organización y funcionamiento de la

²²⁶ Prieto Valdés, Martha, “El Ordenamiento Jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales”. En *Revista cubana de Derecho*. No.29. 32-41. 2000.

²²⁷ Partido Comunista de Cuba, documentos del II Congreso.

²²⁸ Hauriou, M.: *Prhcis de Droit Administratif et de Droit Public*, París 1927, (en francés)

²²⁹ Garrido Falla, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen 1. (Parte General), editado por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1966, pág. 266.

Administración Estatal y con el propósito de una mejor ejecución y aplicación de las leyes, pues constituye el principal elemento para llevarlas a la práctica.

Surge como consecuencia de dos factores fundamentales: por una parte, debido a la dificultad de los órganos legislativos de regular, en detalle y mediante leyes, todas las situaciones posibles que puedan ocurrir en la esfera de las relaciones sociales, y por otro lado, de la imposibilidad de crear leyes excesivamente detalladas, ya que como resultado de las circunstancias variables de las necesidades sociales, se imposibilitaría la adaptación a las mismas, así como su interpretación y aplicación.

Parte del principio de Autotutela, y permite a la Administración emitir los Reglamentos, que como norma jurídica de menor rango jerárquico le debe total obediencia y respeto a las leyes y por supuesto a la Constitución, por lo que se puede decir que tiene como límite la reserva de ley. Es importante conocer que como norma más específica, aunque también general y abstracta, es más utilizada por la Administración, porque resulta imposible que los órganos y organismos administrativos necesiten de la Asamblea Nacional del Poder Popular, para emitir la normativa específica de cada administración, ya que ésta es en definitiva la que mejor conoce sus necesidades jurídicas. Además contribuye a que la ley sea entendida, precisada y acatada efectivamente, evitando que quede inanimada ante situaciones difíciles, no previstas, que tratan de escapar del alcance de la ley.

Los órganos de poder²³⁰ constituyen las instancias representativas del Estado socialista que es la República de Cuba. Luego de las modificaciones adoptadas en 1992, se estructuran en: la Asamblea Nacional, órgano supremo del poder del Estado y único con potestad constituyente y legislativa en la República, con su Consejo de Estado y las Asambleas Provinciales y Municipales, órganos superiores locales del poder del Estado, encargados además de ejercer gobierno²³¹ dentro del marco que les compete en sus respectivas demarcaciones.

Su actuación se desarrolla en la esfera ejecutiva-administrativa, pero no es simplemente ejecución y administración, sino que es principalmente la institución que ejerce la dirección general de esas esferas. El Gobierno es así, el ejecutor directo del poder estatal, intermediario entre el pueblo y el órgano supremo representativo del poder del Estado.²³²

Con la desaparición de los Comités Ejecutivos y la creación de los Consejos de Administración local²³³, destinados al desempeño de la función administrativa, la confusión de funciones ha de desaparecer, creándose las condiciones para que las Asambleas recuperen su supremacía orgánico-funcional. No obstante ello, en el orden teórico y en el ejercicio político-práctico aún se debate si las Asambleas

²³⁰ *Constitución de la República de Cuba*, artículo 68.

²³¹ Muy discutida e interpretada de diversas maneras esta expresión, ver Prieto Valdés, Martha y Lissette Pérez Hernández, *Temas de Derecho Constitucional cubano*. Editorial Félix Varela. La Habana 2006. pág.76.

²³² Prieto Valdés, M. "Cuba, su desarrollo constitucional posterior a 1959 y su diseño político". En Conferencia pronunciada el 11 de octubre de 2004. Salón 250 Aniversario.

²³³ Ver *Constitución de la República*, en la que se instituye la creación de los Órganos de Administración de las Asambleas locales del Poder Popular.

Municipales han de ejercer o no Gobierno, o si la facultad le corresponde a los Órganos de Administración local.²³⁴

En tal línea de pensamiento, las Asambleas locales del Poder Popular deben ser consideradas como el Gobierno de la localidad²³⁵, teniendo en cuenta la labor principal que están llamadas a desarrollar como órganos del organismo estatal: ser los máximos representantes populares y la mayor expresión del poder del Estado en la localidad. Las Asambleas locales deben ser las que han de adoptar las decisiones y determinar las líneas políticas fundamentales en su localidad, y someter y subordinar al resto de los órganos del aparato estatal que se encuentren en su territorio a su dirección y control.

Es incuestionable la necesidad de ampliar las atribuciones constitucionales a ellas conferidas hasta el presente, flexibilizar su trabajo, despojarlas de mecanismos formales que han regido su gestión y que la subordinación de las actividades administrativas y de servicios quede a cargo del órgano de gobierno.

Con este propósito, se propone en ambas instancias, provincial y municipal, la creación de un órgano de gobierno, como parte del sistema de órganos ejecutivo-representativos, que desempeñará las tareas como gobierno en el territorio. Este órgano debe estar subordinado a la Asamblea respectiva, a la cual rendirá cuentas cuando lo demande, manteniendo además, relaciones de subordinación con el Consejo de Ministros.

Entre las atribuciones de las Asambleas Provinciales²³⁶ se encuentran las de determinar, conforme a los principios establecidos por el Consejo de Ministros, la organización, funcionamiento y tareas de las entidades encargadas de realizar las actividades económicas, de producción y servicios, educacionales, de salud, culturales, deportivas, de protección del medio ambiente y recreativas, que están subordinadas al órgano de administración provincial. Igualmente, tienen la facultad de adoptar acuerdos sobre los asuntos de administración concernientes a su demarcación territorial y que, según la ley, no correspondan a la competencia general de la Administración Central del Estado.

De la lectura de esas atribuciones se observa que las Asambleas Provinciales cumplen funciones normativas en el ámbito de sus límites territoriales, aunque no puede decirse que sean muy amplias; más bien se circunscriben a lo apuntado en los artículos referenciados. No obstante, los acuerdos y disposiciones que adoptan son de obligatorio cumplimiento para los sujetos a que se refieren en todo el territorio provincial.

Por su parte, el Reglamento de las Asambleas Provinciales²³⁷ le señala al Presidente la facultad de dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el mejor ejercicio de

²³⁴ Prieto Valdés, M. y Lissette Pérez Hernández. Ob. Cit.

²³⁵ Ídem.

²³⁶ Artículo 105 incisos g) y h). *Constitución de la República*.

²³⁷ *Reglamento de las Asambleas Provinciales del Poder Popular*. artículo 9 inciso h). Promulgado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.4 de fecha 13 de septiembre de 1995.

sus funciones y adoptar decisiones en relación con aquellos problemas que requieran atención urgente en los períodos comprendidos entre las sesiones de la Asamblea, dando cuenta a ésta posteriormente.

En este sentido, el Consejo de la Administración, el cual es creado por la Asamblea Provincial del Poder Popular, es el órgano de dirección de la administración local, el cual tiene un carácter colegiado. Dirige las entidades económicas, de producción y de servicios de su nivel de subordinación, con el propósito de satisfacer las necesidades económicas, de salud, educacionales, culturales, deportivas y recreativas y su función primordial es promover el desarrollo económico y social de su territorio.²³⁸

Las Administraciones Provinciales, ejercen las atribuciones y cumplen los deberes estatales y de administración de su competencia, teniendo como obligación primordial promover el desarrollo económico y social de su territorio, para lo cual coordinan y controlan la ejecución de las políticas, programas y planes aprobados por los órganos superiores del Estado, con el apoyo de sus municipios, conjugándolos con los intereses de éstos.

Estos Órganos Locales del Poder Popular utilizan sus acuerdos para cumplir sus atribuciones constitucionalmente establecidas, para regular internamente su organización y funcionamiento como órganos colectivos y para reglamentar con carácter general y abstracto las esferas de asuntos de interés del territorio no abarcado en las regulaciones de las disposiciones estatales de nivel superior.

Por ello, en su función de ejercer gobierno, las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular y sus Consejos de Administración respectivos, ejercen por extensión constitucional la facultad reglamentaria, al poder disponer la reglamentación de asuntos de la Administración Provincial o de interés municipal respectivamente y concerniente a la demarcación territorial que le corresponde; en el caso de la provincia, cuando según la ley no corresponda a la competencia general de la Administración Central del Estado o de los órganos municipales, y en el caso de los municipios por acuerdo o disposiciones sobre asuntos de interés de dichos órganos y siempre dentro del marco de la Constitución y las leyes vigentes.

No obstante, en el ámbito local (provincial y municipal), la potestad reglamentaria de los Consejos de la Administración se ha ido debilitando cada vez más²³⁹, al punto de que, luego de la entrada en vigor del texto constitucional de 1976, muy poco han sido los asuntos sobre los que pueden pronunciarse por esta vía dichos Consejos. Y al amparo del nuevo reglamento de tales Consejos,²⁴⁰ prácticamente se ha desdibujado la potestad reglamentaria para los órganos de administración local, aun cuando, con optimismo, se pudiera descubrir alguna materia donde hayan conservado un mínimo baluarte al respecto.

²³⁸ Acuerdo 6796, *Reglamento de las Administraciones locales del Poder Popular*, artículos 7 y 8. Promulgado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 33 de fecha 10 de julio de 2007.

²³⁹ Matilla Correa, A.: *Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba*.(material digital).

²⁴⁰ Se hace referencia al Acuerdo 6176 del Consejo de Ministros del 13 de noviembre de 2007. *Reglamento de las Administraciones Locales del Poder Popular*.

A pesar de que existen numerosos instrumentos jurídicos que utiliza la Administración en su actuar, no existe disposición normativa alguna respecto a las formalidades y el contenido esencial con el que deben estar revestidos, excepto la Resolución y el Dictamen, que fueron expresamente regulados por el Ministerio de Justicia²⁴¹; todo lo cual conlleva a que hayan dificultades en su aplicación.

Es cierto que se han ido desarrollando diversas normativas con el propósito de lograr uniformidad en la realización de los diferentes instrumentos como es el caso de la Indicación 22 del año 2010 del Ministro de las FAR “Sobre el proceso de elaboración y aprobación de los documentos rectores y realización de los despachos, reuniones y la realización de otras actividades en la Jefatura del MINFAR” y la Resolución 7 del 2011 del Fiscal General de la República, pero cada una de estas están dirigidas fundamentalmente a los organismos que las crean y no se adecuan a la generalidad.

Ha sido por la práctica, la doctrina y la legislación comparada, que se han elaborado los instrumentos jurídicos administrativos en Cuba; aunque no es menos cierto que muchos de los Organismos de la Administración Central del Estado han dispuesto internamente sobre la materia. Sin embargo resulta realmente necesario la regulación normativa de estos al efecto de lograr una mayor uniformidad formal en los mismos, y unidad de criterio en cuanto al contenido de uno u otro, especificando la jerarquía de cada cual.²⁴²

Existe una amplia divulgación acerca de la creación de la norma jurídica en general, o sea, de la ley en sentido estricto: esa que emana de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Sin embargo, en cuanto a la elaboración de la normativa jurídica administrativa no hay una metodología acabada, solo en el ámbito subjetivo (Fase interna-intención y estructuración de la decisión y Fase externa o de exteriorización) es que se hace referencia a este particular.

El conocimiento y uso adecuado de todos estos instrumentos jurídicos por parte de la Administración y sus asesores jurídicos es de suma importancia, pues contribuye a perfeccionar el funcionamiento de los organismos y entidades y a interpretar y aplicar las regulaciones vigentes de un modo más efectivo, lo cual incidirá positivamente en la ejecución más eficiente de las tareas para la consecución exitosa de los objetivos de trabajo.

Bibliografía

1. COLECTIVO DE AUTORES: *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana 2004.
2. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Ramn Fernández, T.: *Curso de Derecho Administrativo I*, parte 1. Editorial Félix Varela. La Habana 2006.
3. GARCINI GUERRA, *Derecho Administrativo* Ed 1986 pág. 48.

²⁴¹ Colectivo de Autores. Ob. Cit 2004.

²⁴² Ídem.

4. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen 1. (Parte General), editado por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1966, pág. 266.
5. HAURIOU, M.: *Prhcis de Droit Administratif et de Droit Public*, París 1927, (en francés)
6. MATILLA CORREA, A.: Conferencia ofrecida con motivo de Postgrado en la Unión de Juristas de Holguín.30 y 31 de mayo de 2013.
7. _____: Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba.(material digital).
8. PRIETO VALDÉS, M."Cuba, su desarrollo constitucional posterior a 1959 y su diseño político". En Conferencia pronunciada el 11 de octubre de 2004. Salón 250 Aniversario
9. _____, "El Ordenamiento Jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales". En *Revista cubana de Derecho*. No.29. 32-41. 2000.

- **Legislación**

10. *Constitución de la República de Cuba*, artículo 68.
11. Acuerdo 6176 del Consejo de Ministros del 13 de noviembre de 2007.*Reglamento de las Administraciones Locales del Poder Popular*.
12. Acuerdo 6796, *Reglamento de las Administraciones locales del Poder Popular*, artículos 7 y 8. Promulgado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 33 de fecha 10 de julio de 2007.
13. *Reglamento de las Asambleas Provinciales del Poder Popular*. artículo 9 inciso h). Promulgado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.4 de fecha 13 de septiembre de 1995.
14. Partido Comunista de Cuba, documentos del II Congreso
15. RESOLUCIÓN 45 de 2002 de la Ministra de Justicia, *Metodología para la redacción de proyectos de resoluciones en la actividad de asesoramiento jurídico*. Promulgada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.6 de fecha 16 de enero de 2002.

EL DESARROLLO LOCAL EN DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL DEL MUNICIPIO MANATÍ

LIC. SANDRA LISETH PEÑA QUINTERO.

LIC. ILIANA MORALES LEYVA.

Si bien es cierto que desde 1980, la humanidad ha experimentado una ruptura de los esquemas que guiaban los procesos de desarrollo hasta el momento conocido, con el fenómeno de la globalización, esta propensión se agudizó en su dimensión social, fundamentalmente. Es por ello que, en esta época, comenzó a gestarse una tendencia hacia el análisis de lo local, perspectiva que surge como consecuencia de la inviabilidad de las diferentes estrategias de desarrollo efectuadas y como alternativa para lograr una mayor efectividad y la sostenibilidad en las transformaciones que se proponen.

En nuestro país se vienen desarrollando experiencias exitosas en cuanto al desarrollo auto gestionado por parte de algunos municipios, donde se ejecutan proyectos que toman el territorio municipal como centro de un sistema en el que intervienen diferentes actores y factores de su entorno²⁴³.

En este contexto, el Ministerio de Economía y Planificación (MEP) propuso un esquema metodológico²⁴⁴ para el fortalecimiento de la planificación en los

²⁴³ Hilda Machado, A. Suset, Taymer Miranda, Aida Cruz, Yuseika Olivera, Milagros Milera, Maybe Campos y P. Duquesne. Estación Experimental de Pastos y Forrajes "Indio Hatuey".

²⁴⁴ Se refiere a la metodología utilizada en el caso cubano, que está basada en la desarrollada por la UICN (1997) y mejorada por Gallo et al. (2000), ya aplicada en Cuba y publicada por Machado, Suset, Miranda, Campos, Cruz y Esperance (2002). Asimismo, se aplicó la concepción sobre planificación estratégica desarrollada por el Proyecto Nuevo Paradigma (Gómez, Valle, Maestrey, Trujillo, Alfaro, Mengo y Medina, 2001; Salazar, Souza Silva, Cheaz y Torres, 2001) para instituciones de investigación y desarrollo rural. Todo ello se complementa con la metodología de construcción de escenarios propuesta por el MEP.

municipios, con vista a propiciar una mayor iniciativa local en la promoción del desarrollo socioeconómico y la solución de los problemas que enfrentan los territorios, el cual fue complementado con otras metodologías, según los autores anteriormente citados.

Esta estrategia se ha extendido a diferentes zonas del país, donde su desarrollo socioeconómico resulta relativamente bajo, por las transformaciones de la industria azucarera que ha impactado la economía de esos territorios, requiriéndose esfuerzos para aprovechar todas las potencialidades con vista a su reactivación económica.

Dentro del diagnóstico de las potencialidades identificado en el municipio de Manatí, realizado por el gobierno local, se encuentra un elemento que se ha subestimado en su considerable valor: el patrimonio cultural manatiense.

El patrimonio cultural ha sido definido en la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural²⁴⁵, que respetando las soberanías de los Estados, conforma el patrimonio mundial o universal. Imponiéndoles, a su vez, la necesidad de la protección y conservación del patrimonio a través de medidas jurídicas y administrativas. Pero esta definición no ha sido inmutable sino que ha evolucionado a la par de los instrumentos en dicha materia²⁴⁶.

La conservación en un sentido amplio, es la actividad que consiste en mantener en buen estado, lo que aún tenemos; es decir, en el caso que nos ocupa, consiste en

²⁴⁵ París, 23 de noviembre de 1972. En su Artículo 1 establece que: A los efectos de la presente Convención se considerará "patrimonio cultural":

- Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, - los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, - los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

²⁴⁶ La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO. Florence Leze. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.

evitar las alteraciones futuras de un bien patrimonial de carácter cultural. A su vez, evitar futuras alteraciones de un bien, significa plantear propuestas, e implementar metodologías que muchas veces no se tiene certeza de su buen resultado, hasta que el tratamiento de conservación ha llegado a su fin²⁴⁷.

La situación del patrimonio cultural en la actualidad y su problemática, nos ha llevado a revalorizar lo intangible, de ahí la importancia de su rescate a través de registros, documentación fotográfica, textos y escritos referentes al bien cultural en vías de desaparición.

El patrimonio cultural se nos va de las manos, ya sea por su proceso normal de envejecimiento humanamente impostergable, e incluso, en algunas ocasiones, por malas restauraciones que lo deterioran más de lo que estaba. Puede ser que los procesos de conservación y/o restauración sean socialmente imposibilitados, por abandono, por su falta de valoración, e ignorancia de la sociedad sobre su herencia cultural. Otras veces, el patrimonio se desvanece por intereses que anteponen precios de mercado a herencia cultural, beneficios particulares a memoria histórica, intereses corporativistas a beneficio social colectivo o indolencia estatal.

La Comunidad Internacional ha tomado conciencia de la necesidad de proteger el patrimonio constituido por los bienes culturales pertenecientes a cada uno de los Estados, conscientes de que ello es imprescindible para el desarrollo armónico de la sociedad, y a partir de la década de los 50 muestra una evidente preocupación por la conservación y preservación del patrimonio cultural de los mismos, por lo que representa en la conservación de las raíces culturales y la historia de cada pueblo.²⁴⁸

Con posterioridad esto se va plasmando en cuerpos legales que persiguen dar fuerza a los derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto Internacional de

²⁴⁷ Antecedentes y consideraciones para la conservación del patrimonio cultural en el siglo XXI. Francisco Javier Quiros Vicente y María del Carmen Casas Pérez. Facultad del Hábitat.

²⁴⁸ Delitos contra el patrimonio cultural. Dra. Mayda Goite Pierre. Profesora Titular Principal de Derecho Penal Especial. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana

los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴⁹ ya prevé que los Estados deben adoptar medidas para asegurar el pleno ejercicio del derecho de los ciudadanos a la cultura mediante la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura, lo que se desarrolla posteriormente en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura ha propiciado un conjunto de disposiciones normativas en el plano internacional, que permitan uniformar el tratamiento a los bienes integrantes del patrimonio cultural, con ello se le dan pautas a los Estados para una adecuada protección, éstas se realizan mediante Convenciones y Recomendaciones.

En América Latina se han realizado no pocos esfuerzos en pos de salvaguardar las culturas y sus manifestaciones de los pueblos originarios, muestra de ello es el tratamiento que le han ofrecido los Estados en los distintos cuerpos constitucionales, especialmente los del Nuevo Constitucionalismo²⁵⁰.

Nuestra Constitución de 1976, no se ha quedado atrás, y en este sentido estipula en su artículo 39 del capítulo 5, Educación y cultura, donde el Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones. En su política educativa y cultural se atiende a los postulados siguientes: h) el Estado defiende la identidad de la cultura cubana y vela por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación. Protege los monumentos nacionales y los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico.

²⁴⁹ Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y puesto en vigor el 3 de enero de 1976.

²⁵⁰ Nos referimos, por supuesto, a las Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador. En la Constitución venezolana lo establece en el Artículo 99 como un derecho del pueblo. Sin embargo, la Constitución de Ecuador, aún cuando lo estipula en su artículo 21, tal reconocimiento abarca solamente al conocimiento y acceso al patrimonio cultural. No sucediendo en el caso boliviano, donde claramente sí establece en su artículo 101 la obligación del Estado de forma más amplia.

Después de aprobada la Constitución cubana, la Asamblea Nacional del Poder Popular dictó dos Leyes que desarrollaban el espíritu de la Constitución en materia de Bienes integrantes del patrimonio Cultural que fueron la Ley No. 1 ó Ley de Protección al Patrimonio Cultural y la Ley No. 2 ó Ley de los Monumentos Nacionales y Locales²⁵¹, además de otras disposiciones administrativas²⁵².

Estas normas conceptualizan, de manera general, a los bienes pertenecientes al patrimonio cultural y se adentran totalmente en la protección del mismo, estableciendo solo consecuencias en sede penal, para los que causen daño al patrimonio, por lo que se adopta la posición del Estado como único titular del derecho, descartando que integran los bienes dominio público, de ahí que la cuestión de titularidad sea ampliamente discutida.

El derecho a la conservación del patrimonio en nuestro país ha sido investigado desde la óptica penal, mayormente enfocado en el análisis de los tipos penales que protegen la extracción de estos bienes del territorio nacional. Es el caso de la Dra. Mayda Goite Pierre²⁵³, cuyo criterio resalta la ineficaz protección que en sede administrativa poseen estos bienes y la imposibilidad que por esta vía tiene el Estado de evitar un mayor deterioro de los bienes culturales.

Otra investigadora del tema resulta Silvia Teresita Hernández Godoy²⁵⁴, resaltando su trabajo por la especialidad en el patrimonio arqueológico, pero valorando su protección jurídica. Es su criterio, que el desarrollo histórico y económico de Cuba, ya sea en la agricultura, construcción, turismo y obras de defensa, ha conllevado a la

²⁵¹ Véanse además otras disposiciones legislativas que desarrollan el precepto constitucional como la ley de Organización de la Administración del Estado, modificada posteriormente en materia de patrimonio cultural por el Decreto Ley 147 de 1994 complementado con el Acuerdo No. 2838 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

²⁵² Para una consulta sobre leyes administrativas en materia de patrimonio véase la Ley 16/ 1985 de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español

²⁵³ Profesora Titular Principal de Derecho Penal Especial. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana.

²⁵⁴ Miembro del grupo de investigación y desarrollo de la Dirección Provincial de Cultura, Matanzas, Cuba.

destrucción y poca conservación de este recurso, que también recibe cuantiosos daños por los impactos naturales.

A lo anterior se añade un aspecto principal que incide en gran medida en su deterioro; el desconocimiento del bien patrimonial y su significado histórico cultural. Conocer dónde se encuentra, y más allá, diagnosticar el estado actual de conservación que presenta, es elemento crucial a considerar para encaminar todos los esfuerzos a la conservación del mismo²⁵⁵.

Si bien añadimos, que el derecho de propiedad se constituye en límite importante para la realización de este derecho, aún y cuando las nociones del derecho a la ciudad u otros derechos asociados, como el derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad, disfrutar del arte y compartir los avances científicos y sus beneficios se han convertidos en si mismos, en límites propios del derechos a la propiedad, transformando los bienes propios en colectivos y actuando como fundamentos de los anteriormente señalados.

Los bienes patrimoniales culturales presentan, por diferentes motivos, barreras que dificultan el acceso a un número importante de personas, privándolas del derecho a acceder a su propia cultura. Por lo tanto, es muy importante disponer de herramientas y metodologías capaces de garantizar el acceso a los bienes patrimoniales de todas las personas, con independencia de sus capacidades funcionales²⁵⁶.

Si bien esto es cierto, primero habría que analizar si el derecho a la conservación que se consagra constitucionalmente, tiene garantizado su ejercicio pleno y eficaz, según el sistema de garantías que se adopte en el ordenamiento jurídico. Este es el principal reto que enfrenta este derecho en Cuba. El patrimonio cultural se concibe

²⁵⁵ El patrimonio arqueológico y su protección jurídica en Cuba, Silvia Teresita Hernández Godoy. Anales del Museo de América 19 (2011) p 258.

²⁵⁶ Conocer y conservar el patrimonio. Cómo conjugar un derecho con una necesidad. Fernando Alonso, Diana Mora, Ricard Barberà i Guillem, Rakel Poveda Puente, Juan Manuel Belda Lois. ACCEPLAN, Universidad Autónoma de Barcelona e Instituto de Biomecánica de Valencia

como algo vivo, que está en constante evolución, y que debe ser garantizado por el Estado.

La cuestión de las garantías efectivas para el ejercicio pleno del derecho a la conservación del patrimonio amerita un análisis profundo, verificando cuál subsistema se adecúa a sus necesidades de realización, tomando como punto de partida la legislación nacional que existe al respecto, y en caso de ineficiencia o ineficacia de las mismas, sería atinente proponer premisas que coadyuven a su definición e implementación, para estar a tono con el postulado constitucional.

Si bien el desarrollo local ha sido identificado²⁵⁷ como el proceso reactivo de la economía y dinamizador de la sociedad local, que mediante el aprovechamiento de recursos endógenos existentes en una determinada zona o espacio físico es capaz de estimular y fomentar su crecimiento económico, crear empleo, renta, riqueza y sobre todo, mejorar la calidad de vida y el bienestar social de la comunidad²⁵⁸.

Tomando como base esta definición, se realizó el diagnóstico orientado por la metodología en el municipio de manatí, cuyas fortalezas redundan en una suficiente institucionalidad, así como recursos humanos instruidos y una cultura de participación de la población. Los resultados presentados ante el MEP se evaluaron de favorables.

Dentro de los potenciales para el desarrollo que se determinaron: estuvieron presentes las tradiciones del pueblo manatiense, con la especificidad del juego de fútbol, el patrimonio municipal y la historia local. Sin embargo tropiezan con barreras como la insuficiente base técnico material para el desarrollo del arte y la cultura y el deterioro del patrimonio inmueble.

Ahora bien, dentro de las líneas estratégicas definidas se encuentra la revitalización de valores e identidad, con la finalidad de que el gobierno local apruebe la inserción

²⁵⁷ Según la opinión de los Dr. Rafael Sorhegui Ortega y la Dra. Carmen Magaly León Segura, especialistas del MEP. Cuba.

²⁵⁸ Es la propuesta de Dr. Rafael Sorhegui Ortega y la Dra. Carmen Magaly León Segura en su ponencia ¿Es viable el desarrollo local en Cuba?

de un grupo importante de lugares o sitios históricos y de organismos en la estrategia trazada.

De lo anterior se puede concluir, que existen en el municipio manatiense recursos patrimoniales de un valor histórico reconocido, aunque no necesariamente calificado de interés nacional, pero sí de interés local, por lo menos desde el punto de vista de las autoridades de la comunidad que contiene el lugar patrimonial. En este sentido, su valor patrimonial reconocido ha sido considerado un recurso o fortaleza para el desarrollo local, pero también es una debilidad su deterioro o costo de preservación, cuando no es asumido por sus usuarios o propietarios.

Por tanto, resultaría de vital importancia que el Consejo de la Administración Municipal, en uso de sus facultades, impulsara la conservación de patrimonio municipal, para que posteriormente, fuere explotado a través de la iniciativa local, en pos de lograr la auto gestión de ingresos. Estos últimos, incorporados a través de la Dirección Municipal de Cultura del territorio al presupuesto municipal, podrán ser reutilizados en la propia conservación y restauración del patrimonio cultural municipal, a la par que se divulga el mismo y se logra una mayor sentido de pertenencia en el pueblo manatiense.

Bibliografía

Alonso, Fernando; Mora, Diana; Barbera, Ricard; Poveda Puente, Rakel y Belda Lois, Juan Manuel. Conocer y conservar el patrimonio. Cómo conjugar un derecho con una necesidad. ACCEPLAN, Universidad Autónoma de Barcelona e Instituto de Biomecánica de Valencia

Decreto Ley 147 de 1994 complementado con el Acuerdo No. 2838 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

Goite Pierre, Mayda. Delitos contra el patrimonio cultural. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana

Hernández Godoy, Silvia Teresita. El patrimonio arqueológico y su protección jurídica en Cuba, Anales del Museo de América 19 (2011) p 258.

Ley 16/ 1985 de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Quirós, Javier; Vicente, Francisco y Casas Pérez, María del Carmen. Antecedentes y consideraciones para la conservación del patrimonio cultural en el siglo XXI. Facultad del Hábitat.

Sorhegui Ortega, Rafael y León Segura, Carmen Magaly. Ponencia: ¿Es viable el desarrollo local en Cuba?

LA EDUCACIÓN JURÍDICO-AMBIENTAL. SU CONTRIBUCIÓN A LA FORMACIÓN SOCIOPOLÍTICA DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO

ESP. TANIA CARIDAD KINDELÁN RUBIO

Durante la prehistoria el ser humano interactuaba con la naturaleza de manera armónica. A partir del descubrimiento del fuego aparecen las primeras formas de impacto a la diversidad biológica. Con el desarrollo de las fuerzas productivas el hombre se convierte en el primer responsable de su autodestrucción.

Se vincula el nacimiento de las regulaciones para la protección del medio ambiente a la celebración de la Cumbre sobre el Medio Humano, efectuada en Estocolmo, en 1972.

El tema medioambiental ocupa, cada vez en mayor medida, la atención de la comunidad internacional. En los últimos años se ha tratado de unir voluntades políticas, para lograr líneas de acción dirigidas a conseguir el desarrollo sostenible, en el marco de la Organización de Naciones Unidas.

A nivel global se destaca la necesidad de reforzar el trabajo de la escuela, dejándose en un marco muy estrecho las potencialidades que existen en los estudiantes del nivel universitario, al no valorarse, en su justa medida, la influencia que sobre toda la comunidad ellos pueden ejercer.

En las revisiones realizadas resultan insuficientes los programas elaborados que salgan de la educación primaria y secundaria. En las comunidades son pocos los intentos por implementar acciones tendentes a crear y desarrollar actitudes empáticas con el medio. La educación superior no prevé en todas sus carreras el estudio del medio ambiente y la de Derecho dedica especial atención a las normas jurídicas vigentes.

*“El Medio ambiente es el conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismos vivos) que integran la delgada capa de la Tierra llamada biosfera, sustento y hogar de los seres vivos”.*²⁵⁹

En la literatura se pueden encontrar diferentes formas de expresar el significado de medio ambiente; *“El ambiente es todo lo que nos rodea, no es solo la naturaleza, es la gente, también nuestras casas, el aire que respiramos, los espacios donde vivimos en sociedad”.*²⁶⁰

Para Raúl Brañes,²⁶¹ el derecho Medio Ambiental es un conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta humana y pueden influir de manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de organismos vivos y sus sistemas de ambiente.

Carlos Cossío²⁶², argentino dedicado al estudio de los problemas ecológicos, ha expuesto que es conducta, son normas en estrecha relación con el entorno, al tiempo que, atinada y oportunamente, ubica al hombre en un espacio concreto y determinado, en el contexto de sus relaciones sociales.

Según Cañisares²⁶³, eminente jurista cubano, el Derecho Ambiental estudia la

²⁵⁹ Microsoft Encarta 2007. 1993-2006 Microsoft Corporation

²⁶⁰ Panorama Ambiental cubano, Revista Geo Juvenil. Por un verde caimán. Ed. Abril, mayo 2006.p.13

²⁶¹ Curso Derecho y Medio Ambiente. Universidad para todos. Suplemento Especial. Parte 1 p. 4. Ed. Academia

²⁶² Ibidem

²⁶³ Ibidem

relación del hombre con la naturaleza.

Una de las corrientes más importante y acertada de la escuela cubana, propone como esencia del Derecho Ambiental: *“el conjunto interrelacionado de principios, doctrinas y prácticas jurídicas, que encuentran su expresión y son la base de las normas e instrumentos legales dirigidos todos a la conservación de la diversidad biológica”*²⁶⁴.

La doctrina cubana más generalizada considera que el Derecho Ambiental es una ciencia en formación, que se relaciona con otras ciencias y otras ramas del Derecho, con influencia de tratados y convenios internacionales, resultado de descubrimientos científicos.

El 5 de junio de 1972, en la ciudad de Estocolmo, se desarrolla la Conferencia de la ONU sobre el Medio Humano. Los principios de conducta y responsabilidad que allí quedaron refrendados son los cimientos del Derecho Ambiental, es por ello que este evento se considera como el primer intento de expresar un consenso internacional sobre el tema.

El calentamiento del planeta y los cambios climáticos a escala mundial, la disminución de la capa de ozono y el daño que ello provoca a la salud, alertan que no es suficiente un paquete de pronunciamientos.

En el año 1985 se desarrolla la Convención de Viena para la protección de la Capa de Ozono, en la que se plantea la necesidad de disminuir las producciones que le provocan efectos negativos.

El Protocolo de Montreal, para la Protección de la Capa de Ozono, 1987, trata sobre su agotamiento. En este evento se exhorta a los Estados a fijar condiciones para la disminución del uso de sustancias agresivas.

En el verano de ese año, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente presenta un documento ante la ONU, denominado “Nuestro Futuro Común”. Dicho informe vincula los problemas ambientales con los modelos de desarrollo e instrumentó los principios sobre los que debe sustentarse el desarrollo sostenible.

Por primera vez, en 1991, en México, se lleva a cabo una cita de jefes de Estados de Ibero América en la que se aborda la necesidad de acciones concretas por un medio ambiente sano. Sus acuerdos permiten llegar a la Cumbre de la Tierra con convenios más radicales sobre el tema.

En 1992 se celebró la Conferencia de la ONU sobre Medio Ambiente, conocida como Cumbre de Río, la que generó varias normativas internacionales: Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Agenda o Programa 21, la que incluye 27 principios básicos para el desarrollo sostenible e insta a los 147 países participantes a promulgar leyes efectivas para preservar el medio ambiente.

Esta cumbre es la que verdaderamente logra unir las voluntades políticas de la mayoría de los países y se alcanzan líneas de acciones muy efectivas, dirigidas a conseguir el desarrollo sostenible, pero la Declaración de Río no es vinculante; es un documento de recomendaciones.

La adecuación cubana de esa agenda se efectuó un año después, con la aprobación del Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo, en 1993.

En 1995 se desarrolla, en Copenhague, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social,

²⁶⁴ Curso Derecho y Medio Ambiente. Universidad para Todos. Suplemento Especial. Parte 1, p. 4 Ed. Academia

que tiene como objetivo llamar la atención sobre la pobreza, cuya eliminación se considera uno de los requisitos para alcanzar el desarrollo sostenible.

En 1997, en la ciudad de Nueva York, se hizo un recuento al cumplimiento de los acuerdos de la Cumbre de Río. De particular interés en esta conferencia, conocida como “Río + 5”, fue la invitación para que los países más desarrollados hicieran aportes concretos en función del desarrollo, propuesta que nunca llegó a materializarse.

Sudáfrica, en el 2002, fue testigo de las discusiones que permitieron aprobar el Plan de Implementación y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (Declaración Política), en el marco de la su Cumbre Mundial, conocida como “Río + 10”. Se distingue esta Declaración porque presta atención a temas sociales y económicos que inciden en el desarrollo armónico.

Otro esfuerzo importante de la comunidad internacional para pasar del documento a la acción, lo constituye la Cumbre Río+20, que culminó con pronunciamientos que priorizan la erradicación de la pobreza, pero los principales responsables del deterioro medioambiental no tienen la voluntad de cambiar sus patrones de vida.

En París se desarrolló la XXI Conferencia de las partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21), cuyo objetivo fue adoptar un acuerdo mundial para frenar el trastorno medioambiental, provocado por el acelerado calentamiento del planeta debido a la acumulación en la atmósfera de los gases de efecto invernadero (GEI).

Si bien algunas opiniones sobre el acuerdo consideran que son insuficientes las metas propuestas, el acuerdo es lo más avanzado que puede alcanzarse en el contexto histórico actual, en un mundo en el que el imperio del mercado decide, debido al poder económico que ostentan los principales responsables del deterioro del entorno.

A pesar de los tratados internacionales actualmente en vigor sobre el medio ambiente, su aplicación efectiva sigue siendo un desafío para la comunidad mundial. Sus previsiones incluyen reuniones de sus signatarios y mecanismos para obligar a los países a aportar informes sobre el cumplimiento de sus obligaciones.

En Cuba la legislación ambiental presenta una situación muy favorable atendiendo a los elementos jurídicos formales y a la voluntad política real de llevar a vías de hecho los conceptos que conforman el derecho ambiental contemporáneo, el cual se refrenda en la carta magna.

El artículo 27 de la primera Constitución Socialista de Cuba y de Latinoamérica refrenda: *“Para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen la naturaleza. Incumbe a los órganos competentes y además a cada ciudadano velar porque sean mantenidas limpias las aguas y la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna”*. A través de este precepto constitucional se crean las bases para identificar la decisión de actuar en favor del medio ambiente.

En las reformas a la Constitución de 1992, el antes mencionado artículo 27 se modifica, fortaleciendo la idea de la protección del medio ambiente con el desarrollo

económico y social sostenible. En esta oportunidad se refrenda que: *“El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política”*.

Y continúa la Carta Magna, como parte del citado artículo: *“Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza”*.

En el año 1981 sale a la luz la Ley No. 33, sobre Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales, que en el año 1997 queda derogada por la Ley No. 81, Ley del Medio Ambiente. En ese año quedan aprobadas la Estrategia Ambiental Nacional y la Estrategia Nacional de Educación Ambiental.

La Ley del Medio Ambiente, una de las más avanzadas en teoría e implementación, tiene como objetivo establecer los principios que rigen la política ambiental, las normas básicas para regular la gestión ambiental, y las acciones de los ciudadanos y la sociedad en general, con el fin de proteger el entorno y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible.

La Estrategia Ambiental Nacional Cubana, (EAN), se ha ido adecuando a los cambios experimentados en la economía, la sociedad y a la situación internacional. La primera, vigente desde 1997 y hasta el 2006. En 2007 salió a la luz una nueva Estrategia, que determinó el curso de la política ambiental cubana durante tres años. A partir de 2011 y hasta el 2015 está vigente una nueva Estrategia que es un documento abarcador, crítico, multidisciplinario, en el que se establecen los principios sobre los cuales descansa la política medioambiental cubana.

Además de los documentos rectores expuestos, Cuba mantiene una posición de avanzada en el tratamiento a los temas medio ambientales al introducirlo en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, en el que sostiene su protección, conservación y rehabilitación, en correspondencia con el desarrollo científico, por considerar que tributa directamente a la preservación de la especie humana.

No obstante, los instrumentos jurídicos vigentes y los niveles alcanzados por la educación no son suficientes para crear una actitud consecuente con el cuidado del medio ambiente, razón por la que deben continuar conjugándose armónicamente, para desarrollar en los estudiantes de la carrera de Derecho una cultura ambiental, que multiplique las posibilidades de lograr los objetivos del desarrollo sostenible.

La actividad de Educación Ambiental (EA) está históricamente ubicada a finales del siglo XX. Los aportes de las ciencias de la educación y las ambientales son su fundamento conceptual. Posiblemente la filosofía e ideas de J. J. Rousseau contenidas en su discurso sobre el naturalismo pedagógico, pueden considerarse como su referente histórico.

María Novo aborda el surgimiento de la educación ambiental de la siguiente forma: *“Resultaría difícil señalar una fecha que fije la aparición del movimiento EA. La Universidad de Reading, Inglaterra, suele ser el punto de referencia”*²⁶⁵. La especialista considera la educación ambiental como un movimiento ético y fusiona ambas categorías en un sistema interdependiente el uno del otro.

La EA debe ser un factor estratégico que incida en el modelo de desarrollo establecido para reorientarlo hacia la sostenibilidad y la equidad, en el que se interrelacionan conocimiento, valores y acción.

²⁶⁵ Novo María. La Educación Ambiental formal y no formal: dos sistemas complementarios. /En línea/ Revista Iberoamericana de Educación No 11. <http://www.rieoei.org>. Consulta 14/1/2016. No 11.

El Dr. Díaz Castillo analiza los conceptos que sobre EA se dan en la Conferencia de Tbilisi en 1977, y en el Congreso de Moscú, celebrado en 1987 como *“un proceso educativo permanente, que prepara a los ciudadanos para la comprensión de los principales problemas del medio ambiente, para su consecuente protección que garantice el pleno disfrute de la vida”*.

En Cuba se evidencian los antecedentes de la EA en escuelas religiosas. Con posterioridad, la enseñanza científica centra la atención en la conservación y respeto por los sistemas naturales. Desde Félix Varela y José Martí se recibe la influencia que coadyuva a fortalecer el respeto hacia el medio natural.

En la época actual la EA es un reto ante la realidad ambiental, porque si no se educa a la población acerca del peligro que representa continuar deteriorando el ambiente, se pone en riesgo, no solo la salud de las personas, sino también todas las formas de vida, y en consecuencia la estabilidad misma de la Isla como nación.

La EAN vigente, como parte de la política del Estado cubano, también se pronuncia en relación con la EA, al determinar la *profundización de la conciencia ambiental, con énfasis en las acciones de educación, divulgación e información ambiental*.

Coincide la definición que reconoce Olga Abrante con las expuestas en la EAN y en el artículo 8 de la Ley No. 81 al considerarse que la EA es *“un proceso continuo y permanente, que constituye una dimensión de la educación integral de todos los ciudadanos, orientada a que en el proceso de adquisición de conocimientos, desarrollo de hábitos, habilidades y actitudes y formación de valores, se armonicen las relaciones entre los hombres, y entre éstos con el resto de la sociedad y la naturaleza, para con ello propiciar la reorientación de los procesos económicos, sociales y culturales hacia el desarrollo sostenible”*.

En nuestros días debe reorientarse y fortalecerse la educación, desplegando las actividades de manera armónica, sistemática y coherente, incorporando a todos los organismos e instituciones gubernamentales y a los estudiantes de las universidades, con énfasis a los de la carrera de Derecho, que actúen como poleas transmisoras en las comunidades, como eslabón fundamental de la sociedad.

Para alcanzar este objetivo constituye tarea priorizada fortalecer los espacios de participación de las organizaciones sociales, fundamentalmente en el ámbito local, en los procesos de elaboración, implementación y monitoreo de las políticas y los procesos de gestión ambiental.

Se reconoce que la educación ambiental no es neutra, sino que es ideológica, ya que está basada en valores para la transformación social, al respecto la Declaración de Río precisa: *“Se necesitan nuevos conocimientos, valores y aptitudes a todos los niveles y para todos los elementos de la sociedad, para este fin nos educaremos a nosotros mismos, a nuestras comunidades y a nuestras naciones”*.

Una característica fundamental de la educación medioambiental es su intencionalidad, teniendo como objetivo fundamental, la modificación de las conductas de quienes aprenden.

Es por esta razón que en su implementación deben trabajarse los valores, como base de todos y cada uno de los temas ya propuestos. Que sus destinatarios comprendan la importancia del cumplimiento consciente de las normas legales vigentes para su protección. Es apremiante la interiorización de los descubrimientos científicos, se debe aprehender todo lo relacionado al cuidado del entorno hasta llegar a convertirse en costumbre, en modo de obrar colectivo y cotidiano. Es en este

punto donde se ubica la realización verdadera del Derecho, a través de su cumplimiento consciente.

La educación ambiental constituye una dimensión de la educación integral de la personalidad; tiene objetivos dirigidos al desarrollo y formación de una conciencia, de una ética en relación con el medio ambiente socio-ecológico; posibilita la formación de actitudes, de sistemas de conocimientos, habilidades y hábitos.

Los profesores que imparten la asignatura Derecho medioambiental están en condiciones de contribuir al desarrollo de la conciencia jurídica de los estudiantes universitarios de esa carrera y al fortalecimiento de la legalidad,....”*recabando en el respeto a las leyes y normas de convivencia social, a la consolidación del ordenamiento jurídico y a la defensa de los intereses sociales protegidos por la ley,* como se plantea en los Estatutos de la Unión Nacional de Juristas, que es la organización social que agrupa a los profesionales del Derecho. Todos estos enunciados tienen especial incidencia en la temática medio-ambiental, debido a su carácter integrador, que actúa como un sistema, dentro de las relaciones sociales.

Parece suficientemente demostrado que las relaciones entre conocimientos, actitudes y comportamientos no son causa-efecto aunque sí se influyen mutuamente. Se deben, por lo tanto, planificar actividades específicas para trabajar las actitudes, educar las virtudes, los comportamientos y los valores, en los estudiantes de la carrera de Derecho. Ellos se convertirán en resortes dentro de la sociedad, que multiplicarán acciones en defensa del entorno, que no pueden ser neutrales ni espontáneas, sino dirigidas a la obtención de un medio más sano, en el que se consoliden las conquistas de la patria.

Cuba presta especial atención a la protección del medio ambiente y reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible.

Para su protección efectiva, el Estado garantiza los medios necesarios, priorizando la educación de los individuos, no obstante, muchos de los postulados vigentes no se han implementado con un enfoque sistémico e interdisciplinario, debiendo trabajarse de manera más eficaz en los procesos de educación superior.

En los programas para los estudiantes de la carrera de Derecho deberá prestarse especial atención a la formación de valores, al contribuir, de manera directa a su formación sociopolítica.

Bbliografía

- Abrantes Irola, Olga. Tesis en opción al título de Master en Investigación Educativa. Instituto Central de Ciencias Pedagógicas, La Habana, 1999.
- Ayes Ametller, Gilberto N. *Medio Ambiente: Impacto y Desarrollo*. La Habana. Editorial Científico Técnica. 2003.
- Blanco Pérez, Antonio; et al. *Filosofía de la Educación*. Selección de lecturas. Editorial Pueblo y Educación, 2003.

- Caraballo D, Y.; M.M., J. *Multimedia Derecho Ambiental Cubano*. Proyecto Ciudadanía Ambiental Global. Centro de Información, Gestión y Educación Ambiental. CITMA. La Habana. Cuba, 2006.
- Castro Ruz, Fidel. “La tragedia que amenaza a nuestra especie”. *Granma* [La Habana, Cuba], Primera Edición, No.109. 8 de mayo de 2007.p. 1 y 2.
- Cañizares Abeledo, Diego Fernando. *Teoría del Derecho*. Universidad de La Habana, Facultad de Derecho. s/f.
- Chacón Arteaga, Nancy. *Dimensión Ética de la Educación Cubana*. Ed. Pueblo y Educación. La Habana, 2002.
- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. La Habana, 18 de abril de 2011, p.22.
- González Novo, Teresita; Ignacio, GARCÍA DÍAZ. Cuba. Su Medio Ambiente después de Medio Milenio. Ed. Científico Técnico, 1998.
- Hernández Torres, Vivian. “Legislación Ambiental Cubana: ¿Un enfoque sistémico?”. Revista Jurídica [La Habana, Cuba], Ed. Ministerio de Justicia, enero 2000 Número 1.
- NÚÑEZ, Néstor. “Pobreza Global. Cuenta Pendiente”. Bohemia [Cuba], Número 6, Año 99. 16 de marzo, 2007, pp. 18-21.
- Universidad para todos. Curso: Derecho y Medio Ambiente. Suplemento Especial. Partes 1 y 2. Editorial Academia. 2006.
- Universidad para todos. *Curso: Protección ambiental y producción más limpia*. Suplemento Especial. Partes 1 y 2. Editorial Academia. 20.

Disposiciones legales

1. Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba Edición Extraordinaria, no. 7, La Habana, 1 de agosto de 1992. Año XCV, p.33
2. Ley No.81, Ley del Medio Ambiente. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria, no.7, La Habana, 11 de julio de 1997. Año XCV, p.47
3. Ley No. 59. Código Civil. Según quedó modificada por el Decreto-Ley No. 140/1993. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria, no. 4. La Habana, 13 de agosto de 1993.

4. Estrategia Ambiental Nacional del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente, (2011-2015).
5. Cuba. Ministerio de Educación. *Resolución Ministerial No. 90/98. Lineamientos para fortalecer la formación de valores, la disciplina y la responsabilidad ciudadana desde la escuela. s/f.*

Sitios Web

1. II Simposio Desertificación y Migraciones. [en línea], http://www.sidym2006.com/esp/esp_organizacion [Consulta: 15/08/2015]
2. Díaz Bacallao, Ayli; Yailén Monzón Bruguera. *La educación ambiental y la educación jurídica ambiental. Consideraciones básicas para el trabajo comunitario.* [en línea], <http://www.ucf.edu.cu> [Consulta: 18/12/2015].
3. Revista Iberoamericana de Educación No 11. <http://www.rieoei.org>. Consulta 14/1/2015

LA ESTRUCTURA MUNICIPAL EN AMÉRICA LATINA. UN ESTUDIO COMPARADO

MSC. ANA ROSA AGUILERA RODRÍGUEZ

Resulta significativo apreciar el papel protagónico que adquieren cada vez más los municipios como estructura básica fundamental de cualquier Estado, sin dejar de reconocer que en unos adquiere mayor connotación que en otros. En algunas regiones del mundo esta aseveración cobra más fuerza, pues las circunstancias en

las que se desenvuelven influyen determinadamente en ello. Así, es posible tener en cuenta, por ejemplo, a América Latina, área donde se gestan fuertes y conflictivos procesos de redemocratización política, en los que la descentralización del Estado se plantea como uno de los objetivos básicos, y se entiende, entre otros aspectos, como traslación de competencias y reconocimiento de la autonomía a los municipios.

Ciertamente los municipios constituyen una de las unidades políticas administrativas esenciales de administración local. En todos los países que conforman la América Latina no se comportan de la misma manera; varios son los elementos que lo determinan. En primer lugar, debe valorarse si se enmarcan dentro de un Estado Unitario o Federal, pues las características propias de estos signan irremediabilmente las de ellos. De ahí las diferencias en cuanto a su funcionamiento, organización y otros aspectos medulares como la estructura, tema que ocupa esencialmente esta presentación.

En los Estados unitarios el poder estatal emana de un solo centro político y gubernamental; la estructura de poder, la organización política es única, en tanto que un solo aparato gubernamental cumple todas las funciones estatales; los individuos obedecen a una sola y una misma autoridad, viven bajo un solo régimen constitucional y bajo una ley común. Entre los países que lo representan se encuentran: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.

En el Estado federal, en cambio, se pueden distinguir principios e instituciones, susceptibles de ser enunciadas a partir de diversos criterios tales como: la soberanía, la Constitución, la distribución de poder en el territorio, entre otros. Se definen como aquellos donde existe una pluralidad de ordenamientos constitucionales, entre los cuales destaca uno como el principal y al cual están subordinados los demás, sin perjuicio de que se le reconozcan formas de participación a los ordenamientos constitucionales menores. Entre sus características fundamentales se encuentran: la existencia de un poder central y de poderes locales, con lo cual se da la separación de poderes entre órganos legislativos, ejecutivos y judiciales; los poderes locales, actúan en unidades territoriales autónomas, que frente al estado federal se denominan Estados miembros; la distribución de competencias entre el estado federal y los estados miembros. La existencia de una sola soberanía, que es indivisible, dado que no se distribuye entre el Estado Federal y los Estados miembros. Se rigen además por dos principios fundamentales: autonomía y participación. Algunos de los países que representan estos Estados son: Argentina, Brasil, Venezuela y México.

En el Estado unitario, el municipio como organización política y administrativa del Estado, tiene como referente básico la normativa jurídica legal emanada del gobierno central. El municipio se rige por la Constitución Política de la República y por la ley Orgánica municipal, o Código municipal, común para todos los municipios. También forman parte del marco legal municipal, todas aquellas leyes, reglamentos y textos normativos nacionales vigentes, que regulan las relaciones entre el Gobierno municipal con respecto al Gobierno Central.

En los federales, los municipios también forman parte de la organización administrativa y política del Estado, pero a diferencia de los unitarios, tiene como marco normativo lo establecido por la constitución política de la República y las leyes federales; por la Constitución del Estado o Provincia miembro de la Nación, Unión o Federación; Leyes y Reglamentos del Estado o la Provincia y por la ley Orgánica Municipal o Código Municipal de cada Estado o provincia. El régimen municipal se caracteriza porque además de tomar en cuenta la normativa federal, cuenta con disposiciones y normas jurídicas propias que regulan su organización, gobierno y administración municipal.

Tanto en el estado unitario como en el federal, las disposiciones municipales, son recogidas en una ley específica, denominada por lo general, ley orgánica municipal o código municipal. En este cuerpo legal, se establecen de manera general, las disposiciones que van a regular la organización y el funcionamiento del municipio, según el tipo de Estado.

Es válido no perder de vista en estos análisis que aunque se reconoce que entre los años 1980 y 1990 aumenta en América Latina el número de municipios, la relación entre población total y número de municipios todavía es insuficiente y muestra grandes desequilibrios en el interior de los países. Todo ello muestra la presencia de una región submunicipalizada, máxime, si se compara con países de otras latitudes tales como Europa, Canadá y los Estados Unidos. Mientras que, por ejemplo, en Francia, con 58.010.000 habitantes existen 36.000 municipios, toda América Latina, solo tiene 15.600 municipios, con 439.300.000 de habitantes. Los municipios latinoamericanos no están consolidados; el centralismo es un rasgo histórico y generalizado en la región, aún en los países federales, dada la necesidad de crear un sentimiento de nación en las nuevas repúblicas independientes, lo que conlleva a una histórica dependencia de estos a los lineamientos del poder central tanto en lo político como en lo económico y lo administrativo. Esta es una tendencia que aún con los procesos de descentralización de los años 80 y 90 del pasado siglo y los visibles avances en cuanto a su autonomía y al incremento de sus recursos, sigue siendo determinante en la vida diaria de estas municipalidades.

Ciertamente, con la descentralización los municipios se han fortalecido en aspectos administrativos, pero frecuentemente el traspaso de competencias se ha hecho sin la correspondiente cesión de autoridad efectiva, ni el acceso a recursos financieros adecuados. El proceso de democratización ha creado mecanismos de participación ciudadana y comunitaria, pero con escasa capacidad de respuesta a las necesidades de la población. De hecho, se aprecia desigualdad territorial, sobre todo entre las grandes urbes y los municipios rurales y periféricos.

En cuanto a su estructura, América Latina adopta en su mayoría, el modelo del municipio hispano, caracterizado por estar constituido por un gobierno dual, o sea por dos órganos: uno ejecutivo, denominado alcalde, intendente o prefecto, y por uno deliberativo, organismo colegiado, constituido por los concejales o regidores. Estos dos órganos constituyen el poder del municipio y ejercen las funciones que les asignan los marcos constitucionales y legislativos. De un Estado a otro pueden variar en su denominación.

En países como Argentina, el gobierno municipal es ejercido por el Intendente Municipal y el Concejo Deliberante; en Bolivia, por el Concejo Municipal o Junta Municipal y el Alcalde; en Brasil, por la Cámara Municipal y por el Prefeito; en Costa Rica, por el Concejo Municipal y por un Ejecutivo (nombrado por el Concejo); En Chile, por el Concejo Municipal, el Concejo Económico y Social comunal y por el Alcalde; en Ecuador, por el Concejo Municipal y el Alcalde o Presidente de Cabildo; en Honduras, por la corporación Municipal, el Alcalde y el Concejo de Desarrollo Municipal; en Paraguay, por la Junta Municipal y la Intendencia Municipal y en Uruguay, por la Junta Departamental y el Intendente Municipal.

En República Dominicana y en México, el gobierno municipal se ejerce por el Ayuntamiento (Del latín *adiunc-tum*, supino de *adiungere*, juntar, unión de dos o más individuos para formar un grupo). El ayuntamiento está integrado por un presidente, regidores y síndicos, los dos últimos con el número que la Ley Orgánica Municipal de cada Estado determine.

También existe similitud en países como Colombia, Nicaragua, Panamá, Guatemala, el Salvador, Perú y Venezuela; en ellos, el gobierno municipal lo ejerce el Concejo Municipal y el Alcalde.

En estos países *supra* mencionados, el sistema de gobierno municipal está fundado en una distribución de funciones y relaciones entre sus dos órganos de gobierno. Existen municipalidades de la región donde el órgano colegiado ostenta las competencias normativas, planificadoras, presupuestarias y la de dictar los actos de mayor trascendencia; por su parte, el órgano unipersonal (el alcalde) ejerce las funciones ejecutivas y representativas. En cambio, existen otros casos en que el poder local reside fundamentalmente en el órgano unipersonal. Dependerá de cómo se produzca la distribución de funciones y competencias entre el órgano unipersonal y colegiado, así como el sistema de las mayorías y minorías que forman parte de los órganos de gobierno y del sistema electoral combinado con el sistema de partidos. Predominan en la región las municipalidades con alcaldes fuertes y concejos débiles, lo que en una medida considerable atenta contra la gobernabilidad.

En Cuba, el municipio conforma la estructura de decisión más importante en el territorio, pues a ese nivel el Estado se organiza en un conjunto de entidades públicas de base. En él se concentran los poderes económicos y políticos, los centros de generación y distribución de información y los elementos de identidad sociocultural de cada zona.

La Asamblea Municipal del Poder Popular es la máxima instancia representativa municipal. Está integrada por delegados elegidos en cada circunscripción electoral a partir de candidatos propuestos en asambleas populares; la duración del mandato de estos es de dos años y medio. La Asamblea elige a su presidente, a su vicepresidente, a su secretario, a las comisiones de trabajo, así como al Consejo de la Administración Municipal, órgano de gobierno municipal.

El presidente de la Asamblea es el presidente del Consejo. En las provincias de Artemisa y Mayabeque el cargo de Jefe de la Administración Municipal recae en un funcionario diferente al Presidente de la Asamblea Municipal, por Acuerdo de la Asamblea Nacional que autorizó de forma experimental la división de funciones en estas dos provincias.

Los municipios se dividen en su mayoría en consejos populares, aunque algunos también lo hacen en distritos (donde se agrupan varios consejos populares). Estos últimos, los distritos, por tratarse de municipios que cuentan con una gran población, como es el caso de Santa Clara, Camagüey, Holguín y Santiago de Cuba.

Esta división en consejos populares y en distritos, facilita las relaciones con los electores. Los consejos están integrados por los propios delegados y presididos por uno de ellos.

Cuba tiene un municipio especial que es el de la Isla de la Juventud, idéntico al de cualquier municipio pero en él confluyen competencias municipales y provinciales. A efectos políticos y administrativos tiene el mismo rango que un gobierno provincial.

Cada Estado tiene sus particularidades en cuanto a la concepción y funcionamiento de los municipios; ello obedece a que no todos tienen la misma forma. Sin embargo, es casi una regularidad que aunque no en todos los países que la integran se manifiesta de la misma manera, la municipalidad en Latinoamérica tiene ante sí, en este Siglo XXI, el reto de adaptarse cada vez más, en más en cuanto a sus estructuras administrativas, políticas y sociales, a los cambios que se gestan en medio de una economía cada vez más globalizada, donde se complementen adecuadamente su dimensión representativa con la participativa.

Bibliografía

1. Aghón, Gabriel y Cortés, Patricia: Descentralización y gobiernos municipales en América Latina.
2. Castro Ruz, Raúl. 1974. Fragmentos de las palabras de clausura del seminario a los delegados del Poder Popular, electos al iniciarse la experiencia de Matanzas el 22 de agosto. Documento del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. La Habana, Cuba. Álvarez Suárez, Mayda. "Género: ¿qué? ¿dónde? y ¿para qué?"

3. Eguino, Huascar; Porto, Alberto; Pineda, Carlos; Garriga, Marcelo y Rosales, Walter: Estudio de las Características Estructurales del Sector Municipal en América Latina. 2010
4. Espina, Mayra. 2006. Apuntes sobre el concepto de desarrollo y su dimensión territorial. En: Desarrollo local en Cuba: retos y perspectivas. (Comp. Ada Guzón). Editorial Academia. La Habana, Cuba. p. 35.
5. Guzón, Ada. 2006. Estrategias municipales para el desarrollo. En: Desarrollo local en Cuba: retos y perspectivas. (Comp. Ada Guzón). Editorial Academia. La Habana. p. 50.
6. Jiménez Morales, Caridad Rosa. La autonomía del Municipio en Cuba. ¿Realidad o Exigencia?
7. PCC. 2011. Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. <http://www.granma.cubaweb.cu/secciones/6to-congreso-pccFolleto%20Lineamientos%20VI%20Cong.pdf>
8. Prieto Valdés, M y Pérez Hernández, L. El Municipio cubano. Organización y funcionamiento. Análisis y propuesta.
9. Rodríguez, A. y Winchester, L. (1997) *Ciudades y gobernabilidad en América Latina*. Ediciones SUR.
10. Sierra, Juan Enrique: El municipio en América Latina y el Caribe: estructura, funcionamiento y estadísticas básicas. 1998.
11. Villabella Armengol, Carlos: Los principios teóricos del municipio, su apreciación en la municipalidad cubana” del libro de: Temas de Derecho Constitucional Cubano. Ob. Cit.

EMPODERAMIENTO FEMENINO Y POLÍTICAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN AMÉRICA LATINA

ESP. ANA ROSA AGUILERA RODRÍGUEZ, DRA. C MARTHA LOYDA ZALDÍVAR ABAD

Uno de los pilares fundamentales de cualquier sistema social es, inobjetablemente, el respeto a los derechos de la mujer, cimentado en los principios de igualdad y ausencia de discriminación. En este sentido, cobra gran vigencia el tema relacionado con el empoderamiento femenino, que aunque tiene varias aristas para su apreciación, la que lo vincula con los derechos políticos, le ofrece un valor singular.

Sobre el empoderamiento femenino existen disímiles criterios; la mayor coincidencia está en reconocerlo como un proceso cognitivo, psicológico, político y económico, en virtud del cual la mujer adquiere capacidades y se toma la conciencia del poder que, individual y colectivamente, ella ostenta.

En su relación con los derechos políticos, es válido reconocer que no es posible apreciarlo de la misma manera en todos los Estados, pues en algunos se garantiza más que en otros de acuerdo con el ordenamiento jurídico que consagre y con las políticas de acción afirmativas existentes al respecto. De ese modo, en la misma medida que estos avanzan hacia estadíos más progresistas, es posible hablar de la existencia y reconocimiento del empoderamiento femenino. Los procesos electorales que tienen lugar en ellos, aunque no es la única manera de evidenciarlo, ejemplifican la incorporación de la mujer al poder, a la toma de decisiones y al ejercicio del liderazgo en todas las esferas de la acción cotidiana.

También resulta importante tener en cuenta que la movilización por los derechos políticos de las mujeres no es un fenómeno nuevo²⁶⁶. La década de los '50 del siglo XX, es un momento importante en esta historia, aunque mucho antes de esta fecha se constatan hechos que así lo reflejan. El mayor auge, sin embargo, corresponde a los años 80 y 90.

En América Latina y en algunos países del Caribe puede constatarse lo anteriormente expresado. Se trata de un escenario en el que varias han sido las acciones realizadas en pos de alcanzar el mencionado empoderamiento; sin embargo, como ha quedado expresado en las disímiles Conferencias celebradas en torno a este asunto, el acceso de la mujer al poder y a la toma de decisiones, aún resulta extremadamente bajo, a pesar de los avances. Aunque representan casi la mitad de los electores, solo un porcentaje mínimo de ellas forman parte de los órganos legislativos y una proporción aún menor en los órganos ejecutivos. Las mujeres no participan suficientemente en la adopción de decisiones, sus opiniones son desestimadas y sus necesidades no se toman en cuenta al planificar el desarrollo de muchos países.

Estas Conferencias han permitido identificar la situación de subordinación de la mujer, resaltando la discriminación por motivos no sólo de sexo, sino de raza, de religión, de clase. También han favorecido el establecimiento de Convenciones, Acuerdos y Plataformas de acción de carácter internacional que establecen compromisos para los gobiernos en materia de atención a los problemas de las mujeres. A partir de ellas se desarrollan investigaciones desde diferentes enfoques que contribuyen al debate en torno a la desigualdad de las mujeres, las que en alguna medida coadyuvan a la creación y al fortalecimiento de Organizaciones no Gubernamentales que influyen en los gobiernos y en los organismos internacionales.

²⁶⁶ Actualmente, Kuwait es el único país que no ha reconocido derechos políticos a las mujeres.

Una realidad verificable es cómo las políticas neoliberales aplicadas en la mayoría de los países pobres atentan contra toda estrategia de desarrollo de la calidad de vida de las poblaciones y las mujeres han sido sus principales víctimas.

Es indudable que el fortalecimiento de la ciudadanía de las mujeres, valorada como su participación activa en la sociedad a través de su acceso a todas las instancias de toma de decisiones, desde la familiar hasta la política, es de suma importancia. Particularmente en el ámbito de lo político, sin desdeñar el familiar, se aprecia en mayor medida en cuanto a los espacios comunitario o local y global o de la sociedad.

En lo comunitario, fundamentalmente se percibe en la participación de las mujeres en las decisiones y su acceso al nivel de dirección política; en la obtención de los servicios comunitarios para la familia; en el acceso a la gestión y el diseño de los programas locales; las posibilidades de capacitación en gestión o autogestión y la relación entre el nivel local y las políticas globales.

Por su parte, con relación al nivel global o de la sociedad se estima la existencia del tema en la agenda política y las modalidades de su inserción en el aparato gubernamental; en la educación y socialización que reciben las mujeres; en su papel en el desarrollo económico, político y social y su participación política. Se establecen distinciones entre la participación en espacios institucionales (poderes ejecutivos, legislativo y judicial) y la que se observa en la sociedad civil y los movimientos sociales.

En este análisis también es de considerar que para que las posibilidades de participación y acceso al poder sean más plenas, debe contarse con una plataforma estructural que facilite la oportunidad de empleo, la calificación y la atención a la salud reproductiva. De no ser así, se entorpece el proceso de participación femenina.

Entonces las políticas de acción afirmativas adquieren especial relevancia. Hasta la actualidad, puede observarse cómo el debate en torno al tema ha avanzado hacia una concepción más coherente e integral. Son varios los tipos de políticas de igualdad de oportunidades puestas en práctica de acuerdo con las concepciones políticas, la historia y el contexto de cada país. Representan un mecanismo para rectificar las desventajas sociales de partida entre hombres y mujeres y además que el Estado en su conjunto promueva que las dimensiones de igualdad y de género se tengan en cuenta en todas las políticas, en todos los niveles y en todas las etapas, desde su planificación, y en su aplicación, seguimiento y evaluación.

Las acciones afirmativas tienen como propósito crear un espacio para que “minorías” que pasaron por siglos de exclusión puedan comenzar a tener el lugar que les fue negado en la sociedad por las ideologías dominantes.

Estas referidas políticas deben mostrar la necesidad de incrementar el número y la calidad de la representación femenina en las posiciones de toma de decisiones en todos los niveles y jerarquías, principalmente en todas las esferas de la vida pública. Por su trascendencia, deben también apuntar a la realización de acciones dirigidas a desarrollar el principio de igualdad en los marcos legislativos y ejecutar medidas afirmativas, sobre todo en la esfera de los poderes públicos, para lograr el objetivo de igualdad y la equidad, en plazos breves.

Asimismo, es necesario que faciliten la formación y capacitación de las mujeres para el desempeño del liderazgo, con referencias especiales al liderazgo político. A la vez, es de particular importancia que incluyan recomendaciones para incorporar a grupos de mujeres tradicionalmente excluidas, como las jóvenes, las campesinas, las indígenas, en estos procesos de promoción del liderazgo y la presencia en la toma de decisiones.

En la implementación de estas políticas es imprescindible la voluntad del Estado, que es quien ostenta el poder político público y cuenta con los mecanismos para ello. En ese sentido hay países que exhiben avances considerables. Tal es el caso de Cuba, país caribeño donde la situación de los derechos de las mujeres es muy distinta a la existente en otras regiones del mundo.

Antes de 1959, en Cuba las mujeres no tienen los mismos derechos que los hombres, en especial en las relaciones de propiedad, trabajo y familia. Con el advenimiento del triunfo revolucionario se dan serios pasos para eliminar todas las desigualdades. Al respecto se promulgan leyes que, sin dejar de tener en cuenta los intereses nacionales, están en plena concordancia con los instrumentos internacionales y regionales que sobre la protección jurídica de la mujer se establecen; además, eliminan cualquier vestigio de discriminación existente en las normativas legales anteriores.

El sistema jurídico cubano está estructurado de una forma integral, que garantiza el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos y dentro de ellos, de la mujer en un plano de igualdad. Ello puede corroborarse desde la propia Constitución de la República, que postula, entre otros derechos, el acceso de la mujer a todos los cargos y empleos del Estado, de la Administración Pública y de la producción y prestación de servicios.

Cuba muestra avances en varios indicadores significativos, todo lo cual demuestra cuánto de su voluntad pone el Estado y el Gobierno para garantizar la perdurabilidad y la perfección de las conquistas alcanzadas por la mujer, no solo en el ámbito jurídico, sino en todos los sectores que garantizan su plena participación en la sociedad.

El proyecto de desarrollo de la sociedad cubana parte de una profunda y radical transformación de las estructuras de la sociedad, desde la conversión de la propiedad privada en propiedad de y al servicio de las mayorías, hasta una concepción ética que sitúa a los individuos en el centro del desarrollo a partir de sus necesidades y les ofrece el acceso a los recursos y la posibilidad legal y práctica de controlarlos y decidir sobre ellos. En esta concepción del desarrollo la mujer está considerada desde el principio como esencial participante y siempre existe la voluntad política y la decisión de impulsar políticas económicas y sociales que la benefician directamente.

Disímiles son las acciones positivas desarrolladas durante el período revolucionario cubano para mejorar la condición y la posición de la mujer. En primer lugar, vale la pena citar la rápida extensión a todos los lugares del país de los servicios educacionales gratuitos desde las edades más tempranas, con igualdad de acceso

para todas las personas, con independencia de su género. A ello se añade el acceso pleno de las mujeres a centros politécnicos y carreras universitarias, así como la asignación de un número de plazas en especialidades hasta entonces mayoritariamente ocupadas por los hombres.

En Cuba, resulta de gran valía la Federación de Mujeres Cubanas, organización que de una manera considerable contribuye a la creación de planes que fomentan e impulsan la formación femenina en todos los ámbitos y niveles de la sociedad.

De gran relevancia es el hecho de que dentro de la Asamblea Nacional del Poder Popular (máximo órgano representativo del poder), exista la Comisión Permanente de atención a la infancia, la juventud y la igualdad de derechos de la mujer. También cuenta la aprobación y puesta en vigor del Plan de Acción Nacional de Seguimiento de la IV Conferencia de la ONU sobre la Mujer, así como la consiguiente creación de las comisiones gubernamentales para su cumplimiento.

Desde el punto de vista cuantitativo, existen cifras muy alentadoras que por sí mismas muestran todo lo logrado en el país caribeño: el 64,6% de los trabajadores ocupados en la categoría de técnico y profesional son mujeres; en los organismos de la Administración Central del Estado, las mujeres con responsabilidades de dirección pasan del 12,2% en los inicios de los 80, al 24,5% en el presente. El 48,86% del Parlamento está formado por mujeres, lo que ubica a Cuba como el segundo país del hemisferio americano, solo superado por Bolivia, y el cuarto en el mundo.²⁶⁷ Actualmente, las mujeres superan el 30% de los dirigentes de la economía total del país.

Varios factores limitan un mayor acceso de la mujer al poder y a la toma de decisiones, a saber: factores objetivos de índole socioeconómica, relacionados fundamentalmente con la sobrecarga real de la mujer en las tareas del hogar y en la responsabilidad con sus hijos y otros familiares, debido a que aún persiste, en muchas familias, la tradicional división de los roles por sexo; factores subjetivos, de carácter ideológico y cultural, pues se constata la persistencia de manifestaciones de machismo en forma de prejuicios y estereotipos, cuyos contenidos subvaloran a la mujer al considerar que no es suficientemente capaz, que está menos preparada y tiene menor poder de gestión para dirigir, y sobre todo, con los temores de que ellas no pueden hacer compatibles las funciones de dirección con la maternidad y la realización de tareas domésticas.

Lo cierto es que se avanza bastante; no obstante, aún quedan prejuicios y estereotipos sexistas. Las leyes se aprueban y se aplican, pero los juicios de valor y las actitudes en los seres humanos no se cambian de un día para otro. Sin embargo, la voluntad política por erigir una verdadera cultura de la igualdad es acicate y estímulo para edificar una sociedad de hombres y mujeres cultos, libres, con

²⁶⁷ Tomado del **Discurso del presidente de los Consejos de Estado y de Ministros de la República de Cuba, Raúl Castro Ruz, pronunciado en la "Conferencia de líderes globales sobre igualdad de género y empoderamiento de las mujeres: un compromiso de acción"**. Nueva York, 27 de septiembre de 2015

igualdad de derechos, oportunidades y posibilidades para su desarrollo personal y social.

Aunque en las valoraciones de este trabajo, se hace un mayor énfasis en Cuba, existen consideraciones que no son exclusivas de este país y pueden servir como conclusiones del mismo:

Los cambios producidos en las relaciones de propiedad, en virtud de los cuales el hombre se convierte en propietario de los medios fundamentales de producción, devienen en causa fundamental de la desigualdad de los derechos entre el hombre y la mujer.

Los derechos fundamentales que refrendan la igualdad plena de la mujer aparecen instituidos en varios instrumentos internacionales, regionales y nacionales; no obstante, es significativa la discriminación a la que aún son sometidas un número importante de féminas en distintas partes del mundo.

Se debe revisar la política de cada Estado y establecer los mecanismos oportunos para que las leyes relativas a la protección jurídica de la mujer en los distintos niveles no se queden en el ámbito formal.

La experiencia cubana evidencia cómo es posible asumir un proyecto autóctono, diseñar una legislación que responda a los intereses de su pueblo y a la vez, tener en cuenta los avances del pensamiento contemporáneo en el tema de la mujer, en un mundo donde la globalización neoliberal impone recetas desde los centros de poder hegemónico, que niegan la diversidad y pluralidad de las diferentes sociedades.

Bibliografía

1. Abreu, Yanelys. "Acciones Afirmativas: Preparar la sociedad cubana para la verdadera equidad racial". 2015.
2. Álvarez Suárez, Mayda. "Género: ¿qué? ¿dónde? y ¿para qué?"
3. Castro Ruz, Raúl. Discurso del presidente de los Consejos de Estado y de Ministros de la República de Cuba, pronunciado en la "Conferencia de líderes globales sobre igualdad de género y empoderamiento de las mujeres: un compromiso de acción". Nueva York, 27 de septiembre de 2015.
4. CEPAL, Acceso al poder y participación en la toma de decisiones. América Latina y el Caribe: políticas de equidad de género hacia el año 2000,
5. CEPAL, Evaluación de la acción del PAR, sobre la investigación de la mujer en el desarrollo económico y social de América Latina y el Caribe, Resolución Segunda Conferencia Regional.
6. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992.
7. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993.
8. Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo. 1994.

9. Constitución de la República de Cuba (1992). Ministerio de Justicia. La Habana
10. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1995.
11. Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social, 1995.
12. Gómez, Patricia Laura. Acciones afirmativas como promoción de grupos desaventajados. Un análisis sobre el caso argentino. Barcelona. 2001
13. Lamas, Marta. Problemas sociales causados por el Género
14. Otálora Malassis, Janine Madeline.” La constitucionalidad de las acciones afirmativas a la luz de la nueva interpretación de los derechos humanos. México 2013”
15. Revista TEMAS No. 14:13-25, abril-junio de 1998
16. Séptima Conferencia Regional sobre la integración de la mujer en el desarrollo económico y social de América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 1997.
17. Wollstonecraft, Mary. “No queremos el poder sobre los hombres, queremos el poder sobre nosotras mismas”.

ESP. GERARDO ROJAS RAMÍREZ

LIC. ORISBEL LEÓN CASTRO

La sociedad humana en diferentes aspectos de su organización o actividad y las leyes de su desarrollo son objeto de estudio de muchas ciencias, denominadas ciencias sociales humanitarias, en las que tiene un significado especial el enfoque filosófico que se aplica en la explicación de las ciencias de los fenómenos sociales y la base metodológica de las investigaciones. El Derecho es el reflejo de numerosas relaciones sociales, de formaciones socioeconómicas indisolublemente ligadas a la superestructura; de manera que el Derecho se nutre de la sociedad en cuestión, a la vez que sirve de instrumento de transformación social. Es en ese sentido que se concibe como un fenómeno complejo y multidimensional. No obstante, dentro del Sistema de Derecho, el Derecho de Familia ostenta una carga altamente social, ética y moral, impuesta por la clase de relaciones que regula de tipo personales y le imprime características peculiares. Tiene la importante misión de normar jurídicamente la mayoría de las relaciones que tienen lugar en la institución humana más antigua que se conoce “la familia”; que por demás es un producto de la sociedad y responde a la estructura económica social que le sirve de marco. Aun cuando no caben dudas respecto al contenido sentimental y social del Derecho de Familia, existen divergencias entre los entendidos en la materia sobre su ubicación exacta en el Sistema de Derecho, teniendo en cuenta su tradicional nexo con el Derecho Civil o Derecho Privado; lo que imposibilita una solución más acertada a los conflictos de índole familiar.

En Cuba existe una protección jurídica integral de la familia como parte de la política del Estado desde el Triunfo de la Revolución. No obstante, aun cuando fuimos un país abanderado en relación a la independencia del Derecho de Familia²⁶⁸ del Derecho Civil, no ha sucedido lo mismo en relación a la instrumentación de la jurisdicción familiar, y a métodos alternativos eficazmente puestos en práctica en numerosos países del mundo.

La familia es la institución humana más antigua que se conoce. Sin embargo, su derecho regulador tiene lugar en un momento del desarrollo de la humanidad, posterior al surgimiento del Estado, y adquiere características peculiares en dependencia de la evolución experimentada por la familia en cada formación económica social.

Es preciso señalar que institución familiar en su amplio devenir histórico ha transitado por la familia consanguínea, típica del advenimiento de la civilización que descansaba en el principio de la consanguinidad uterina; luego la denominada familia

²⁶⁸ Cuba fue el tercer país en América Latina en promulgar un Código de Familia, desagregando las normas jurídicas relativas a la familia, del Derecho Civil.

punalúa y la sindiásmica posteriormente, dando paso ésta última a la monogamia patriarcal, en la que se reduce el papel de la mujer a madre y servidora en el núcleo familiar y donde el matrimonio y la familia garantizaban la transmisión hereditaria y la legitimidad de la paternidad.

En Cuba, durante los preludios de la etapa colonizadora fue impuesta la concepción que sobre las relaciones familiares tenía la metrópolis, por lo que se aplicó en sus inicios, la legislación importada desde España. En 1889 con la puesta en práctica del Código Civil Español, extendido a nuestro país, se instituyó un sistema de Derecho de Familia patriarcalista que se caracterizó fundamentalmente por el sometimiento prácticamente perpetuo de la mujer al dominio del hombre; las distinciones entre los hijos legítimos e ilegítimos, la exaltación del matrimonio religioso, y la existencia de las uniones de hecho o concubinato, no protegido por la ley.

En 1918 se estableció como única forma de matrimonio el civil. Posteriormente la Constitución del 40 y su ley complementaria, la Ley 9/50, de Equiparación Civil de la Mujer, se asumieron importantes conquistas, que aunque se redujeron al plano jurídico formal, desde el punto de vista del Derecho de Familia marcó una pauta importante en las futuras regulaciones de las relaciones familiares. Dentro de sus significativos aportes encontramos la igualdad absoluta de los cónyuges, el reconocimiento por cuestiones de equidad del concubinato cuando existieran los requisitos de aptitud legal, singularidad y estabilidad, la igualdad entre los hijos legítimos o no, entre otros; lo que le imprimió un carácter progresista al Derecho de Familia de esta época de la neocolonia.

En la etapa prerrevolucionaria la familia se caracterizó en su generalidad por esquemas o modelos monogámicos patriarcales, en los que se gestaban los llamados matrimonios por conveniencia, el hombre continuaba a la cabeza de la familia como administrador de los bienes y la familia.

A partir del Primero de Enero de 1959, se avizoró un proceso de grandes transformaciones legislativas, judiciales, administrativas, sociales que fueron garantizando de inmediato el cumplimiento de los Derechos Humanos fundamentales de todo el pueblo. La Revolución comenzó a revertir conceptos injustos y discriminantes para la mujer y la llamada familia ilegítima, las desigualdades sucesorias, entre otros, que formaban parte de la realidad social y jurídica del país y que inmediatamente entraron en contradicción con los nuevos principios que la misma postulaba, reconociendo el papel de la familia como célula fundamental de la sociedad. Estas fueron las bases para la ruptura definitiva con el régimen burgués y la promoción en lo adelante de nuevos cuerpos legales.

Comienza a irradiar un nuevo modelo de vida familiar basado en el amor recíproco de los cónyuges, rebasando las desigualdades de derechos y deberes entre los cónyuges y fomentando el papel de la familia como célula fundamental de la sociedad y baluarte en la formación de las jóvenes generaciones; donde el Derecho de Familia se alza como un mejor derecho y más humanitario.

A partir de este momento, se promulgaron leyes fundamentales que obedecieron al cambio. Ejemplo de esto lo constituye la promulgación del Código de Familia el 14 de febrero de 1975 como norma sustantiva fundamental en materia de Familia, que marcó un avance importante desde el punto de vista jurídico durante los primeros años de Revolución, al desagregar las materias familiares del viejo Código Civil español. “Para su época, en la década de los años setenta “fue el tercer Código de

Familia independizado del Código Civil del Continente latinoamericano...tuvo el privilegio de ser el primero de este tipo que respondía a una sociedad socialista y a una verdadera revolución social. Sus instituciones, las universales instituciones del Derecho de Familia, fueron reguladas con una concepción verdaderamente progresista y fueron punto de referencia de un tratamiento jurídico de avanzada para el contexto iberoamericano” ²⁶⁹

Este nuevo código abrazó importantes transformaciones para el Derecho de Familia y las relaciones que él protege, al instituir la familia como célula fundamental de la sociedad a partir del fortalecimiento de la igualdad de derechos y deberes entre los sexos y los hijos, de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre los integrantes del núcleo familiar; de la formación de valores e ideología. Se concibió de esta manera un cuerpo legal exclusivo para las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno-filiales, obligación de dar alimentos, adopción y tutela.

Posteriormente se dictaron otras normas legales que ampliaron el marco teórico del Código de Familia como fue el Código de la Niñez y la Juventud de 1978, que proclamó una nueva moral en relación a los valores que deben regir la vida familiar, y resalta la obligación de la familia con los niños y los jóvenes ante la sociedad. Postulados que fueron refrendados con anterioridad en la Constitución de la República de 1976 que dedica el Capítulo IV a la Familia, resaltándola como la célula fundamental de la sociedad.

En el mismo sentido de la protección a la niñez se promulgaron el Decreto – Ley 64 de 1982, sobre el sistema para la atención a menores con trastornos de conducta, extrayéndolo del marco del Derecho sustantivo y procesal Penal y el Decreto – Ley 76 de 1984 sobre la Adopción, los Hogares de Menores y las Familias Sustitutas²⁷⁰ y sus normas complementarias contenidas en la Resolución Ministerial No 48 de 1984, dictada por el Ministro de Educación.

También por esta fecha entra en vigor la Ley 51/85 del Registro del Estado Civil, para de igual forma amortiguar las sucesivas transformaciones en la sociedad cubana.

Durante toda esta etapa concurrieron un conjunto de factores como la incorporación de la mujer al trabajo, su poder de decisión cada vez mayor en todos los ámbitos de la vida, su autodeterminación en relación a la reproducción y disfrute de su sexualidad, que devinieron en un replanteamiento de roles e influyeron sustancialmente en la modificación de la estructura y funcionamiento de las familias; dando lugar al incremento de las uniones consensuales, el divorcio y las separaciones, la tendencia a las familias nucleares y monoparentales, reconstruidas, y un abarrotamiento del sistema de justicia.

En el año 1989 se introdujo una nueva etapa en las familias cubanas a raíz de la caída del campo socialista. Comienza un período acérrimo de crisis económica, unido al recrudecimiento del bloqueo económico impuesto a la isla por los Estados Unidos. El Gobierno se vio obligado a tomar medidas, que tuvieron un impacto en las

²⁶⁹ Mesa Castillo, Olga, “Acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005 dedicado a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba”. [Revista Cubana de Derecho. Núm. 25. Junio 2005.](#) p.119

²⁷⁰ Este Decreto–Ley modificó el Código de Familia, de manera que instituyó la adopción plena.

familias y provocaron un replanteamiento de las mismas, que comenzaron a enfrentar un período de carencias, escasez de viviendas de recursos para su reparación y sostenimiento, lo que influyó en las aspiraciones personales, en la formación de nuevos núcleos familiares.

La concepción tradicional de familia que presumía la estabilidad y la continuidad como elementos esenciales ha quedado obsoleta ante las nuevas formas y estructuras existentes, de manera que no es posible asumir un concepto cerrado y único de la institución familiar. Han surgido nuevos modelos o estilos de familia.

Aunque la protección integral de la Familia ha sido parte de la política del Estado desde el Triunfo de la Revolución y existe una amplia gama de disposiciones normativas orientadas a ese fin, se impuso de esta manera un nuevo despertar del Derecho de Familia en Cuba. Independientemente de la tradición existente en cuestión de protección integral de la institución familiar, se hace necesaria la modificación y revisión de normas ya aceptadas, pero que indiscutiblemente tienen que estar sujetas a los continuos cambios que impone la familia actual.

El Derecho de Familia como soporte jurídico regulador de casi la totalidad de las relaciones familiares ocupa un lugar privilegiado y especial dentro de cada sociedad, a partir de la propia naturaleza de las relaciones que regula. Constituye “la parte sentimental del Derecho, en que el derecho cofunde sus aguas con las ternuras de los sentimientos y con el principio de la moral”²⁷¹.

No existe sin embargo en la doctrina coherencia en relación a la ubicación del Derecho de Familia dentro del denominado Derecho Privado o del Derecho Público. Tradicionalmente se le venía ubicando dentro del primero, pero en la actualidad, teniendo en cuenta el mayor o menor interés que muestre el Estado en relación a las relaciones familiares, se ha pretendido incorporar, en algunos casos como parte del Derecho Público, o como una rama autónoma, separada del Derecho Privado y del Derecho Público²⁷².

Para poder definir la verdadera ubicación de este Derecho es preciso señalar algunas cuestiones en relación a la distinción entre estas grandes ramas en las que se divide el Derecho, y que obedece a diferentes criterios doctrinales.

El Derecho Público y el Derecho Privado es la distinción por antonomasia para el estudio del Derecho, que por demás resulta difícil y oscura. Generalmente se basa dicha distinción en la intervención del Estado, específicamente en el objeto de regulación de las normas jurídicas que este dicta.

Según Díez Picazo y Antonio Gullón en su obra Sistema de Derecho Civil, para que una relación sea de Derecho Público es preciso que los sujetos asuman una posición de superioridad frente a otros que se encuentran en situación de inferioridad en la que existe una situación de *imperium*, de autoridad o de soberanía; en las relaciones de Derecho Privado los sujetos se encuentran en situación de igualdad, de coordinación.

²⁷¹ Guerra López, José, Citado por Mesa Castillo, Olga. *Derecho de Familia*. Módulo 1. Editorial: Félix Varela. La Habana, Cuba. 2004. p.3

²⁷² Esta última tendencia es defendida por aquellos que consideran la existencia de una tercera rama “Derecho Social”, que es defendida en la modernidad.

En el Derecho Público domina la necesidad, el imperativo mientras que en el Derecho Privado domina la autonomía de la voluntad, es el reino del negocio jurídico, es el Derecho de las normas dispositivas. - Este criterio defiende la premisa del Derecho de Familia como Derecho Privado-

El catedrático de la Universidad de Bolonia Antonio C. fue uno de los principales defensores en relación a considerar al Derecho de Familia como una rama autónoma respecto al Derecho Civil y al Derecho Público, señalando que el interés protegido en el Derecho de Familia, es un interés superior, el interés familiar. Claro está que en el Ordenamiento Jurídico de ningún país se puede desligar la relación que se establece entre las diferentes ramas de Derecho. Aun cuando sean independientes, habrá que analizarlas en su correlación con el resto.

Por su parte Borda, no consideraba el interés familiar diferente al interés individual de cada miembro del grupo familiar en particular, por lo que se opuso al hecho de asumir el Derecho de Familia como rama autónoma y a esos efectos reflexionaba que de considerarse este derecho como de orden público, permitiría una injerencia estatal no conveniente en el ámbito privado familiar.²⁷³

Para Castán Tobeñas “no cabe duda que el Derecho de Familia forma parte integrante del Derecho Privado puesto que la Familia no tiene hoy el carácter de corporación o ente colectivo público investido de imperium”... “No obstante la relativa autonomía que pueda y deba concederse al Derecho de Familia dentro del Derecho Privado, no es conveniente separarlo de las demás ramas de este último que integran el Derecho Privado patrimonial rompiendo la actual unidad científica del Derecho Civil pues las relaciones familiares por muy salientes que sean sus rasgos definitivos van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial”.²⁷⁴

Si bien en el Derecho Privado los sujetos se encuentran en situación de igualdad y coordinación, como sucede en el Derecho de Familia, lo cierto es que le corresponde al Estado velar por la protección de la familia y en consecuencia con ello, establecer ciertos límites a la autonomía de la voluntad; por cuanto en el seno de la Familia puede existir abuso de potestades familiares y conductas nocivas.

“Compete a la ley determinar los supuestos fácticos en que la autonomía puede actuar, para lo cual han de exigirse ciertas solemnidades o requerimientos especiales que han de cumplirse estrictamente en pos de garantizar la protección de los derechos fundamentales, el interés superior del niño y la institución familiar.”²⁷⁵

Es por ello que comparto el criterio que sostiene el destacado jurista Raúl Gómez Treto, el cual puntualizaba que “a diferencia de la naturaleza patrimonial del Derecho Civil, del Económico y del Laboral, y del carácter represivo del Penal, el Derecho de Familia es el que tiene mayor carga ética... en él no hay sanción o pena en el sentido

²⁷³ Citado por Fingermann, Hilda, “Derecho de Familia” en sitio [tp://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/derecho-de-familia](http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/derecho-de-familia), (consultado el 12 de mayo de 2009)

²⁷⁴ Citado por Soto Senra y Cabanes Espino, Ob. Cit., *Ibidem*

²⁷⁵ Informe de Relatoría XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. [Revista Cubana de Derecho. Núm. 20. Diciembre 2002](#). p. 39

represivo, sino una simple resolución o extinción, en evitación de males mayores, de relaciones jurídicas que han perdido su sentido o se tornan perjudiciales para las partes, para alguna de ellas o para terceros, como es el caso del divorcio o de la privación de la patria potestad, de la guarda y cuidado de menores o incapacitados, de la limitación o privación de la comunicación con ellos, etc. ; casos todos en que prima más las razones éticas y sociales que las jurídico-patrimoniales o represivas.
276

Por tal motivo considero que la distinción entre estas ramas del Derecho no significa un colapso o división para la integridad del Ordenamiento Jurídico, pero sí incide en el camino para el estudio del Derecho de Familia y específicamente en su aplicación. En la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos en los que se considera el Derecho de Familia como rama de Derecho Privado no se asume una posición de independencia procesal de este Derecho aun cuando lo consideramos una necesidad. Esta visión asume que los intereses individuales se encuentran por encima de cualquier otro interés, la norma actúa como supletoria de la voluntad individual, dándole mayor importancia a la autonomía de la voluntad.

Desde el punto de vista jurídico familiar esta tesis pudiera dar lugar a una inadecuada protección sustantiva y procesal del Derecho de Familia a partir de que al ser este Derecho concebido dentro de la amplia gama de relaciones de Derecho Privado, no se estarían valorizando, con un sentido verdaderamente humanista, las relaciones personales por encima de las patrimoniales. La diferencia existente entre el objeto de regulación de una y otra rama inspiran tratamientos diferenciados. Esta necesidad es visible a partir del conocimiento de la evolución histórica que ha experimentado la Familia, su Derecho regulador y las diferentes tendencias que al respecto muestra el mundo moderno.²⁷⁷

En Cuba por ejemplo existe un Sistema monista de Derecho para el que esta división es intrascendente por cuanto el Derecho de Familia es considerado como una rama más del Ordenamiento Jurídico en estrecha relación con las demás. Nuestro Derecho de Familia no asume una jerarquía del interés individual sobre los intereses sociales, sino que se le atribuye la importante misión de regular los fines de las instituciones jurídicas familiares a las que les imprime valores; despojando de ellas todo interés patrimonial, y subordinando a estas regulaciones la voluntad de los particulares.

En este caso quedan limitados estos últimos al interés social que persigue el modelo socialista de la familia, y que son perfilados y tutelados por el Estado, por cuanto es la familia la “célula fundamental de la sociedad“. El Estado perfilará un esquema de

²⁷⁶ Gómez Treto, Raúl, “¿Hacia un nuevo código de familia?” [Revista Cubana de Derecho. Núm. 29. Junio 2007](#).p. 226

²⁷⁷ Actualmente existen numerosos Códigos de Familia y proyectos de Códigos, que pretenden regular las relaciones familiares con un enfoque renovador, actual; destacando el papel esencial de la familia en el mundo moderno y teniendo en cuenta que la tutela judicial efectiva es uno de los retos de la sociedad contemporánea. No obstante, es menester subrayar que aunque se han dado pasos agigantados al respecto, todavía existen criterios diferentes alrededor de la independencia de la jurisdicción Familiar y Civil y del Derecho Sustantivo familiar y el civil; aunque al parecer la tendencia a aceptarlo, ha encontrado más receptores que detractores. La creación de Códigos de Familia en numerosos países, fundamentalmente latinoamericanos, como: Bolivia, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Cuba, son una muestra de ello. Se perfila igualmente esta idea en relación al Derecho procesal, lo que sin dudas contribuye a garantizar una tutela judicial efectiva.

familia, que deberá cumplir con el rol social que le corresponde en el buen desarrollo de valores morales y principios en las nuevas generaciones. De ahí que pueda ser considerado como la rama del Derecho de mayor carga social y espiritual y sus aportes serán, en gran medida, contribuciones al desarrollo de la sociedad.

Resulta importante señalar que Cuba independientemente de que fue abanderada en cuanto a la segregación del Derecho de Familia del Derecho Civil en América Latina, mantuvo una postura pasiva en relación al tratamiento de los asuntos familiares, tramitados en tribunales Civiles. No obstante, esto constituyó una premisa importante para que en la actualidad se trabaje en el establecimiento de Tribunales de Familia en pos de una mejor aplicación del Derecho sustantivo de esta naturaleza, afianzando así los postulados que defienden al derecho de Familia como rama esencialmente de Derecho social.

En este sentido considero que debe orientarse el estudio y aplicación del Derecho de Familia hacia una convergencia de intereses de los particulares y el interés estatal, retribuyéndole de esta manera su carácter "...específico y singular, perfectamente diferenciado del Derecho Civil y cuya naturaleza jurídica se basa en consideraciones ideológicas, políticas y éticas y en los altos intereses sociales contenidos en las instituciones por él tuteladas..."²⁷⁸, lo que le imprime características muy específicas y sugiere regulaciones diferentes de las del resto de las ramas del Derecho independientemente de su relación con las mismas; sin desconocer la necesidad de apoyarlo en el Derecho Civil, que es sin dudas "el más técnico de todos los Derechos".²⁷⁹

No caben dudas de que la familia es un producto social y un reflejo del nivel de desarrollo alcanzado por cada estructura social. En ese sentido resulta indispensable la revisión constante de las normas de derecho que la regulan, adaptándolas a cada contexto histórico concreto. Es por eso que el Derecho de Familia contemporáneo se enfrenta en las actuales circunstancias a nuevas materias, nuevos enfoques y mayores desafíos, todo lo que asevera su novedad dentro del Sistema de Derecho y en la sociedad.

Tradicionalmente el matrimonio había sido la base para la formación de una familia, sin embargo, en la actualidad no es así. El primero es solo una de las vías para llegar a la segunda, teniendo en cuenta las tendencias modernas que experimentan las relaciones de pareja. Aun cuando la propensión en el mundo es a la adopción de las familias de tipo nuclear (padre, madre, hijos), es posible encontrar diferentes estilos de familia: unipersonales (de una sola persona), monoparentales (de un solo padre), ensambladas²⁸⁰ o reconstituidas o de "segundas nupcias", padres criando hijos de sus matrimonios anteriores, padres que trabajan con madres que son amas de casa, padres y madres ambos trabajando fuera, parejas en unión consensual con o sin hijos, parejas de homosexuales, familias extensas y el transexualismo. Todo lo que tiene un impacto directo en el desarrollo y evolución de la familia en general y de los niños/as en lo particular.

²⁷⁸ Mesa Castillo, Olga, *Derecho de Familia*. Módulo I. Editorial: Félix Varela. La Habana-Cuba.2004. p.26.

²⁷⁹ Palabras pronunciadas por la Dra. Olga Mesa castillo en ocasión del Taller sobre Tribunales de Familia en La Habana, 2009.

²⁸⁰ Aparecen en este contexto los padrastros y las madrastras.

Se han generalizado además tendencias como la regulación de las capitulaciones matrimoniales como vía idónea para actuar en relación al régimen patrimonial del matrimonio, y vigorizar la autonomía de la voluntad de los cónyuges a partir de garantizar la libertad de cada uno de ellos para la gestión económica de sus bienes propios; la tutela de los derechos en la herencia del cónyuge supérstite; la eliminación de causales para ejercitar el divorcio, aunque algunos ordenamientos jurídicos reconocen la necesidad de una compensación por los posibles perjuicios provocados por la ruptura del vínculo matrimonial.

El comportamiento de las relaciones paterno filiales también experimenta diferentes cambios, que tienen incidencia en las decisiones de los Estados en cuanto a la protección del interés supremo de los menores. Un ejemplo vivo de ello es el desarrollo alcanzado por la ciencia en el ámbito de la genética que ha dado lugar a las técnicas de reproducción asistida. Hoy se logran inseminaciones heterólogas con semen de persona distinta a la del esposo de la madre, en otros casos las inseminaciones "*in Vitro*" y también existe la clonación humana. Estos hechos inducen un nuevo pensamiento en función de solucionar desde el Derecho de Familia las situaciones de conflictividad que en relación a la filiación traen aparejadas estas transformaciones.

También dentro del ámbito de las relaciones paterno filiales, se han incorporado nuevas instituciones en el orden internacional, que muestran la necesidad de nuevas visiones y enfoques en cuanto a la dinámica de garantizar el Interés Superior de los niños/as en relación al ejercicio de la patria potestad, por ser estos los máximos implicados. Dentro de estas tendencias figuran la patria potestad prorrogada²⁸¹ y la patria potestad excluida²⁸². Además, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha creado una doctrina que traza pautas en la protección integral de los niños/as, los cuales son valorados como sujetos de Derecho²⁸³, sin que ello signifique que su voluntad y decisiones tengan que superar la de sus padres, pero sí deben tenerse en cuenta, al incluirse además el derecho del menor a ser oído. En relación a la guarda y cuidado se prevé la posibilidad de extenderla hasta los abuelos, y se introducen instituciones renovadoras como la guarda y cuidado compartido.

Otro de los retos a los que debe hacer frente el Derecho de Familia moderno es en el caso específico de la adopción en sus diferentes manifestaciones actuales como son: la adopción por parejas homosexuales, la adopción y el tráfico de órganos de niños y niñas, la adopción por parientes consanguíneos, la adopción internacional.

Otro elemento a destacar es el proceso de codificación en materia familiar, el cual avanza considerablemente. A esto se le suma la presencia de nuevos enfoques alternativos para la solución de conflictos en materia familiar, que conllevan a elevar la cultura de diálogo y acuerdo entre las partes litigantes en una relación jurídica de familia.

²⁸¹ Está referida a los mayores de edad incapaces, la han acogido países como Chile, Bolivia y El Salvador.

²⁸² con reconocimiento forzoso, está presentes en países como España y Bolivia.

²⁸³ Este principio ha generado colisión con conceptos tradicionales de autoridad paterna y/o materna. Unido a él encontramos también conceptos como la autonomía progresiva.

Estas manifestaciones son un reflejo de la complejidad con que cada vez más se manifiestan las relaciones familiares, de la necesidad constante de búsqueda de alternativas para su solución y de la internacionalización que experimenta este Derecho en todo el orbe. Es preciso tener en cuenta que “la desprotección de los derechos en el ámbito más reducido de la familia, que puede fomentar familias disfuncionales, incide en la sociedad toda. No hay sociedad sana, si no lo es también la familia, como célula elemental que es de la sociedad”.²⁸⁴

Obviamente la idea de inclusión del Derecho de Familia como Derecho Privado o Derecho Público, tiene una incidencia directa en su aplicación como ya se ha valorado. Esto redundando entonces en la concepción que sobre la independencia del Derecho de Familia sustantivo y procesal.

Para Álvarez Torres el Derecho Procesal Familiar es un derecho eminentemente social, diseñado para solucionar, con racionalidad, agilidad y prontitud, los conflictos que surjan en la esfera de las relaciones familiares; y que los valores a los que se orienta son diferentes a los del Derecho Procesal Civil, por cuanto en él están en juego valores fundamentales como la dignidad personal, igualdad, unidad de la familia y el interés supremo de velar por el buen desenvolvimiento de las relaciones familiares, de los menores y de las personas de la tercera edad... “A contrario sensu de la naturaleza controversial del proceso civil en general, el Derecho Procesal Familiar se sustenta en bases en que predomina el papel conciliatorio del juez de familia”.²⁸⁵

Por su parte Olga Mesa advierte que:” En todo el mundo estos asuntos se juzgan aparte, debido a que tienen otras características, en ellos están en juego los sentimientos de las personas. No son procesos civiles, ni administrativos, ni laborales, sino que tienen una entidad completamente diferente. Además, admiten la interdisciplina, el punto de vista no sólo jurídico, sino del psicólogo, del sociólogo, del pedagogo”.²⁸⁶

Comparto el criterio que defienden las personas antes citadas. Independientemente de que puede existir similitud entre el procedimiento que resuelve el litigio común y el familiar, se impone en estos últimos un mayor grado de conocimiento, de sensibilidad; dado fundamentalmente por lo diferente de las relaciones reguladas por el Derecho Civil y el Derecho de Familia (relaciones patrimoniales y personales respectivamente).

Es lógico que el tratamiento no pueda ser el mismo si tenemos en cuenta que las relaciones familiares le imprimen al derecho sustantivo de familia una fuerte carga sentimental y afectiva, a tener en cuenta por el Derecho Procesal, dada la

²⁸⁴ Mesa Castillo, Olga, “Acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005 dedicado a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba”. [Revista Cubana de Derecho. Núm. 25. Junio 2005.](#) p.121

²⁸⁵ Álvarez Torres, Osvaldo M., “El Procedimiento Familiar en Cuba, una necesidad impostergable”. *Revista Cubana de Derecho.* No.18. julio-diciembre 2001. p. 68.

²⁸⁶ Mesa Castillo, Olga, “Una Ley a tono con los nuevos tiempos”. Entrevista realizada por Dora Pérez Sáez, en la página Web www.paolarosen.com/revista/com/revista/familiahtm.

interrelación entre ambos Derechos. El procedimiento familiar está llamado a rebasar las conductas violentas como vía de solución de los conflictos familiares. Se trata de tomar decisiones en un marco de cordialidad familiar en principio, y reservar la vía judicial como “última ratio”.

En este sentido cobran auge los denominados Métodos de Solución de Conflictos, alternativos a la jurisdicción, con la finalidad de recuperar la función conciliadora de la Familia. Se trata primero de adoptar soluciones consensuadas como garantía para recobrar la funcionalidad de la familia y la comunicación, tan importante entre personas unidas de por vida por un vínculo de filiación.

Dentro de estos métodos resalta la práctica de la Mediación Familiar para conflictos de esta naturaleza, visto como un proceso²⁸⁷ voluntario²⁸⁸ y extrajudicial de solución de conflictos entre los miembros de una familia, con la intervención de un tercero imparcial, neutral, sin ningún poder de decisión para facilitar bajo un marco de confidencialidad, un acuerdo viable y estable, que responda a los intereses y necesidades del núcleo familiar y al Interés Superior del Niño/a, sustentado en la soberana voluntad de las partes. Es por tanto la posibilidad idónea de romper con el esquema ganador-perdedor propio de la jurisdicción, donde además se favorece la autorregulación de los individuos hacia sus propios intereses, dentro de los límites establecidos por el Estado en la norma de Derecho, siempre que ello no contravenga los intereses de los menores o los colectivos de la familia como institución social.

Este mecanismo ha sido acogido por diferentes países, y muchos han iniciado el proceso de mediación justamente por los conflictos familiares y proporcionándole al Interés Superior del Niños/as un especial énfasis. Ejemplos de Mediación podemos encontrar en España, Italia, Alemania, Estados Unidos, Canadá, México, Chile; Argentina, Austria, Bélgica, Gran Bretaña; en muchos de ellos existen leyes específicas sobre mediación familiar y en otros casos no se regula específicamente sino que se hacen remisiones a determinadas normas procedimentales como en Francia e Inglaterra.

Por otro lado corresponderá a Tribunales especializados de Familia, al final de la contienda determinar las posiciones de los contendientes, y adoptar una solución judicial efectiva más allá de lo estrictamente técnico, basada en los preceptos del Derecho material, en consideraciones afectivas, emocionales e intereses de la familia en general. Queda claro que la separación del Derecho de Familia, en sus diferentes manifestaciones²⁸⁹, y el Derecho Civil, es una necesidad²⁹⁰.

²⁸⁷ La autora se refiere a proceso como una consecución de fases de un fenómeno. En este caso se le da un carácter sistémico y unificador de todas las fases a las que conlleva el resultado final de la Mediación.

²⁸⁸ La voluntariedad está enmarcada hacia dos vertientes: una es en relación a los acuerdos tomados por las partes, y otra posición relacionada con la asunción voluntaria de las partes a la Mediación, que bien pudiera ser además de facultativa sugerida o recomendada.

²⁸⁹ En este caso la autora se refiere al Derecho de Familia sustantivo y al Derecho de Familia Adjetivo.

²⁹⁰ Existe un amplio movimiento mundial, sobre todo en América Latina, que impulsa la tesis independizadota entre el Derecho material y procesal de Familia y el Derecho Civil. En materia de jurisdicción: Japón por ejemplo, desde 1949 se crean los tribunales de Familia, siendo uno de los países pioneros en este sentido; en Bolivia existe un Código de Familia de 1972 y por Ley de Organización Judicial de 1972 se establecieron los Juzgados de Familia; en Uruguay, se creó un Código Procesal en 1989 y se conformaron diferentes juzgados

No existen en el plano jurídico en Cuba Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, tan solo es posible encontrar fórmulas con fines conciliatorios al interior de determinados procesos en la Ley de Procedimiento Civil, aplicable a los asuntos de Familia. Aunque es válido señalar que desde el punto de vista extrajurídico las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia de las FMC, llevan a cabo un plan exitoso en la solución de conflictos de índole familiar, por donde sería aconsejable la implementación de una práctica mediadora a juicio de numerosos juristas.

Desde el punto de vista procesal se encuentra vigente la Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo sobre la creación de los Tribunales de Familia, ahora en proceso de generalización en algunos municipios del país a partir de la Instrucción 26 también del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, de fecha 11 de febrero de 2009. De esta manera se trabaja hacia el perfeccionamiento y actualización del Derecho Sustantivo y Procesal de Familia.

El Derecho de Familia es el más humano de todos los Derechos a partir de las relaciones sociales que regula de tipo “personales”, lo que a su vez determina su ubicación en los Ordenamientos Jurídicos fuera del marco específico del Derecho Público y del Derecho Privado.

La dinámica familiar actual producto de las transformaciones socioeconómicas constituyen un aliciente en la transformación constante del Derecho de Familia y viceversa.

Las relaciones familiares amparadas por el Derecho de Familia, le imprimen a este un fuerte contenido ético, moral, político y social, que lo convierte en un Derecho humanista, específico y singular, todo lo cual determina una regulación y aplicación sustantiva y procesal diferentes al resto de las ramas del Derecho, así como la necesidad de instrumentación de mecanismos que como la Mediación contribuyan a la resolución pacífica de los conflictos de índole familiar.

En Cuba los asuntos de familia ocupan un lugar preponderante dentro de la sociedad, por lo que se trabaja en el perfeccionamiento de los Derechos sustantivo y procesal de esa naturaleza, así como en la futura implementación de la Mediación.

Bibliografía

AA.VV. Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión Internacional Editorial: Dykinson. Madrid. 1999.

AA.VV. Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio. Editorial: Dykinson. Madrid. 2000

especializados, entre ellos el de Familia; en Panamá, la Ley No. 3 de 1994 aprobó el Código de la Familia y en el interior del propio cuerpo legal, el Libro Cuarto establece en ciento dos artículos, lo relativo a la jurisdicción y los procedimientos. En el Salvador existe un Código de Familia de 1994 y una Ley Procesal de Familia de ese mismo año. En Chile la ley N° 19.968 creó a los Tribunales de Familia.

AA.VV. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2002.

AA.VV. *Procesos de familia Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2003

ADAMSON, PETER; WILLIAMS GLEN, *Para la vida*. Editorial: Pueblo y Educación. La Habana. 1992

ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Librería de Bosch. Barcelona. 1982

ÁLVAREZ SUÁREZ, MAYDA, "El Derecho de familia en Cuba y su repercusión en las relaciones familiares ". Ponencia a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2006

ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, "El Procedimiento Familiar en Cuba, una necesidad impostergable". *En Revista Cubana de Derecho*. No.18. julio-diciembre de 2001

ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, "Necesidad y Posibilidad de un Procedimiento y una Jurisdicción Especial de Familia en Cuba ". Ponencia presentada a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2006

ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, "Derecho Constitucional Familiar; Justicia de familia y un acercamiento al tema de su pretendida desjudicialización". Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Procesal. Habana-Cuba. 2009

ARÉS MUZIO, PATRICIA, *Psicología de la Familia, una aproximación a su estudio*. Editorial: Félix Varela. La Habana 2002

ARÉS MUZIO, PATRICIA, *Familia y Convivencia*. Editorial: Félix Varela. La Habana. 2006

COBO PLANA, JUAN JOSÉ, *Compendio de Jurisprudencia Civil. Derecho de Familia*. Tomo VI. Editorial: Dykinson. Madrid. 1997.

CONRADO GONZÁLEZ, YAUMARA, *El Procedimiento Familiar, un reto para la jurisdicción cubana*. Tesis para optar por el grado de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Las Villas-Cuba. Noviembre 2005

DIESTE COBO, JUAN MANUEL, "Tribunales de Familia en Cuba". Ponencia presentada a la III Conferencia Internacional de Derecho Civil y de Familia. La Habana. Cuba. 2004

DIEZ PICASO, LUIS y GULLÓN ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. 4ª edición. 1ª reimpresión. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1982

GARCÍA GARCÍA, LUCÍA, "La Mediación: Prevención y Alternativa al litigio en los conflictos familiares". Editorial: Dykinson. Madrid. 2003

GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL, *La política Social de la Familia en la Unión Europea*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2000

GÓMEZ TRETO, RAÚL, “¿Hacia un nuevo código de familia?”. Revista Cubana de Derecho. Núm. 29. Junio 2007.

INFORME DE RELATORÍA XII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA. REVISTA CUBANA DE DERECHO. NÚM. 20. DICIEMBRE 2002

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y SANCHO REBULLEDA, FRANCISCO DE ASIS. *Derecho de Familia I*. 2^a edición. Librería de Bosch. Barcelona. 1974 LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS/ SANCHO REBULLEDA/ FRANCISCO DE ASIS, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Editorial: Experimental Librería de Bosch. Barcelona. 1982.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho de Familia*. Librería de Bosch. Barcelona. 1993

MESA CASTILLO, OLGA, *Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial: Félix Varela. La Habana. 2004.

MESA CASTILLO, OLGA, “Derecho Familiar en la Sociedad Cubana”. Ponencia a la II Jornadas de Derecho de Familia Comparado.

MESA CASTILLO, OLGA, “Acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005 dedicado a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba”. Revista Cubana de Derecho. Núm.25. Junio 2005

MESA CASTILLO, OLGA, “ACERCA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA COMO NÚCLEO ESENCIAL”. REVISTA CUBANA DE DERECHO. NÚM. 30. DICIEMBRE 2007.

PERAL COLLADO, DANIEL A., *Derecho de Familia*. Editorial: Pueblo y Educación. La Habana. 1984

PONTE ELGOTAS, DARÍO GERMAN, “Aspectos procesales en los asuntos de Familia. Tribunales de familia y procedimiento especial. Acceso a la Justicia de Familia”. Ponencia a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. Paraná. Febrero de 2006

TENREIRO, “Procedimiento de Familia en Cuba”. Taller a la V Conferencia de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2009

Legislación

- Código Civil Español de 1888
- Código Civil de Chile. Actualizado del 2000.
- Código Civil de Argentina
- Código de Familia cubano de 14 de febrero de 1975
- Constitución de la República de Cuba de 24 de Febrero de 1976
- Constitución Política de la República de Panamá.
- Código de la Niñez y la Juventud en Cuba de 1976
- Código de Familia de Panamá de 1994

- Constitución de la Nación Argentina de 1994
- Decreto-Ley 241/2006. Modificativo de la LPCAL en Cuba
- Instrucción 187/2007 del Consejo de Gobierno del TSP de Cuba.
- Ley 7/1977 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba

Sitios Web

- <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/derecho-de-familia>
(Consultado mayo/ 2009)
- <http://edicionesanteriores.trabajadores.cu/2006/mayo/23/cuba/actuali.htm>,
(Consultado abril/ 2009)
- [http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/LNBA%202008-6/LN-junio-2008\(1\).doc](http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/LNBA%202008-6/LN-junio-2008(1).doc) (Consultado mayo/ 2009)
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200202-155592511021145.html> (Consultado mayo/2009)
- <http://www.elangelo.com.ar/DERECHO/TPs/Fernando%20Torres/Derecho%20publico%20y%20derecho%20privado.doc> (Consultado mayo/ 2009)
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/1/pjn/pjn2.pdf>
(Consultado diciembre/2008)

MENORES TODOS, PERO DESIGUALES

LIC. YAILE ASNELLIS DURAÑONA ACUÑA

El término “igualdad” proviene del latín “aequalitas”, que se refiere a la correspondencia y proporción resultante de diversas partes que integran un todo uniforme. Semánticamente se define como la conformidad de una cosa con otra de su naturaleza, forma, calidad o cantidad. Ha sido uno de los ideales políticos más importantes y quizá sea uno de los ideales sociales más controvertidos, por cuanto debe estipularse qué entender por “igualdad”, su relación con la justicia y la determinación de “igualdad de qué” e “igualdad entre quiénes”.

En la actualidad se acepta, de una manera amplia y generalizada, que los derechos humanos son inherentes a la persona y que derivan precisamente de su condición humana.

La idea de igualdad es un principio básico de los derechos humanos, y se aplica un rasero de esta, al asegurar que existe una serie de prerrogativas inherentes a la persona. Más allá de las diferencias innegables entre los seres humanos, la cualidad común de disfrutar derechos básicos los iguala como personas.

El concepto de igualdad es indiscernible de los derechos humanos. Es el principio que les da sustancia y razón de ser. La piedra angular es precisamente la idea de igualdad.

Socialmente la igualdad se considera como la situación donde los individuos tienen los mismos derechos y oportunidades en un determinado aspecto, viviendo equitativamente y en paz.

Existen diferentes formas de igualdad, dependiendo de las personas y de la situación social particular. Por ejemplo, la igualdad entre aquellas de diferente sexo, igualdad entre las de distintas razas, igualdad entre personas discriminadas o la igualdad de acceso a la educación. Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros, resultando que los juicios que puedan emitirse sobre igualdad-desigualdad no conllevan a pronunciarse en cuanto a si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual.

La discriminación por su parte, deriva de ofrecer un trato distinto a elementos entre los que existen desigualdades sociales y puede ser positiva o negativa, según los beneficie o perjudique, de ahí que guarde una estrecha relación con la desigualdad, definida como trato desigual o diferente que indica diferencia o discriminación de un individuo hacia otro por su posición social, económica, religiosa, color de piel, entre otros.

La gente no es igual entre sí, biológicamente hablando, por cuanto no nace con igual actitud y aptitud para aprender, desarrollarse y alcanzar metas. Por tanto, decir que los hombres son iguales, no significa que sean idénticos, menos aún porque no surgen en ambientes igualmente favorables desde el punto de vista social.

Sin embargo, en Cuba, se fomenta y protege la igualdad entre los hombres, dentro de su diversidad, condición por la que se luchó desde los inicios de las gestas independentistas.

La historia cambió a partir de 1959 y con ella la voluntad política de engrandecer la condición humana con sus valores y derechos elementales, brindándosele especial atención a la protección de los niños, pilares del sistema socialista y que atañe a todos, materializada en las disímiles políticas y programas nacionales desarrollados.

Para lograrla se trabaja en perfeccionar los cuerpos jurídicos que tratan esa protección, y que sin dudas de una u otra manera, abordan la igualdad, más hoy se cuenta con la Constitución de la República, la Ley 83/97 de la Fiscalía General de la República, el Código de la Niñez y la Juventud, el Código de Familia, el Código Penal y el Decreto Ley 64/1982 del Sistema para la Atención a Menores con Trastornos de Conducta, entre otros suplementarios.

Evaluar cómo se comporta la población, particularizando en los maestros, respecto a esta terminología asociada a los más pequeños y sus tendencias actuales, es la pretensión que se persigue con este trabajo, para lo que se pretende demostrar que la desigualdad que se aprecia entre los niños, niñas y adolescentes acogidos al Sistema para la Atención a Menores con Trastornos de Conducta y los que no tienen incidencias negativas en su comportamiento, parte del desconocimiento social respecto a estos y las instituciones que los acogen, en lo cual influyen los educadores.

La Convención sobre los Derechos del Niño tuvo referentes para su promulgación. A inicios del siglo XX, aparece la idea de crear una Asociación Internacional para la protección de la infancia, materializada siete años después, cuando la Liga de las Naciones creó el Comité de Protección de la Infancia, teniendo como objeto la salvaguarda de ese grupo poblacional, pero a escala internacional.

Esta Liga aprobó la Primera Declaración de los Derechos del Niño, también conocida como Declaración de Ginebra de 1924, documento que por primera vez planteó la necesidad de brindarles una protección especial, y en solo cinco puntos enunció los derechos de la infancia, bajo el lema, ¡Salvemos a los niños! Sellada la II Guerra Mundial, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y la Unión Internacional de Protección a la Infancia, recomendaron retomarla.

Más tarde, esos derechos infantiles tuvieron acogida implícita en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, al proclamar que toda persona tiene los derechos y deberes que en ella se enuncian, sin distinción, reconociendo también que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

En 1959 la propia Asamblea proclamó, aunque sin fuerza legal dada su naturaleza enunciativa, la segunda Declaración de los Derechos del Niño, de manera que no poseía fuerza vinculante y por tanto no había garantía para su acatamiento.

El Decálogo de los Derechos del Niño, como también se conoce, expresaba en su articulado conceptos tan importantes como no discriminación o distinción por ningún motivo, gozo de una protección especial y la promulgación de leyes protectoras del contenido de la Declaración, debiendo tener como consideración fundamental, el interés superior del niño, principio que también debían respetar los responsables de su educación y orientación; letras que indudablemente la distinguieron respecto a la primera, no solo por ser más abarcadora, sino por la invocación de nuevos términos en cuanto al tema.

Sucesivamente se produjeron otras acciones con igual propósito, como son los Pactos Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos, en vigor en 1973; del propio año el Convenio No. 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima de acceso al empleo; Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estado de emergencia o conflictos armados de 1974; Convención de todas las formas de discriminación contra la mujer, que protege los derechos humanos de las niñas, las adolescentes y las mujeres de 1979; Reglas de Beijing de 1985, que constituyen pautas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños de 1986.

Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobada unánimemente el 20 de noviembre de 1989 y en activo a partir de septiembre de 1990, que existió a nivel internacional una regulación contentiva de estos derechos enunciados para tan susceptible sector. Siendo válido destacar su gran significación, por ser el primer tratado de derechos humanos para las personas hasta los 18 años de edad, ratificado por 193 Estados, comprometidos en respetar, proteger y satisfacer estos derechos, acto demostrativo de un consenso mundial prácticamente absoluto, en beneficio de los más pequeños.

De la norma emerge una visión distinta respecto a sus destinatarios, por cuanto sitúa a niños y niñas como sujetos de derechos y no como objetos, induciendo a emplear los conceptos de niños y adolescentes en conflictos con la ley penal, a fin de no marginarlos por su conducta, limitándose a describir la situación en la que se hallan, como una manera de no reforzar perjuicios y desigualdades sociales, pues emplear los términos menores delincuentes, joven delincuente, menor infractor, reviste un sentido despectivo que los define a partir de su comportamiento y no por sus características especiales o diferenciales respecto al resto.

De sus numerales destacan varios aspectos sobre la vida, integridad y desarrollo de los infantes, *sin distinción alguna*, independientemente del origen social o *cualquier otra condición del niño*, de sus padres o de sus representantes legales, responsabilizando a los Estados Partes con la adopción de medidas para *garantizar que se vean protegidos contra toda forma de discriminación* o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o

sus tutores o de sus familiares, siempre teniendo en cuenta los *derechos y deberes de sus padres*.(Art 1y 2)

Asimismo enuncia el compromiso de los firmantes al asegurar de que las instituciones encargadas del cuidado de los niños, cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en *materia de seguridad y competencia de su personal*. (Art 3 y 9)

Nuestro país ratifica la Convención en 1990 e incorpora su contenido a la Constitución en la reforma de 1994, mas rubricarla no basta para darse por satisfechos y considerar que ese sector poblacional goce de un amparo absoluto, para ello es imprescindible sensibilizar, comprometer e informar sin descanso, ya que el cumplimiento de su contenido es una tarea de todos, y en especial, de los protegidos, a partir de los requerimientos que sean capaces de hacer para exigirlos.

Principio es una ley o regla que se cumple o debe seguirse con cierto objetivo, como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr cierto propósito, fundamento sobre el que se apoya una norma.

Etimológicamente deriva del latín principium, debiendo asumirse como comienzo, primera parte o parte principal, es lo que se toma en primer lugar, pudiendo llamar principio a los valores morales de una persona o grupo.

Principio como ley moral merece su práctica habitual, por cuanto constituye un conjunto de valores que orientan y norman la conducta de una sociedad concreta. La ley establece una obligación en la conciencia del individuo que pertenece al ámbito cultural en el que se aceptan determinados valores. Supone la libertad de este, capaz de actuar respetándolos sin necesidad de exigencia, a consecuencia de un proceso de socialización.

Principio como ley jurídica es un conjunto de valores que inspiran las normas escritas que organizan la vida de una sociedad concreta sometida a los poderes de una autoridad, generalmente el Estado. La ley establece una obligación social de forma coactiva y sancionadora, por tanto actúa como principio condicionante de la acción que limita la libertad de los individuos.

El *valor ético* es una propiedad de los objetos, físicos o abstractos, que representa su nivel de importancia, o por lo menos, un intento de describir el valor de distintas acciones. Puede ser descrito entendiendo a las acciones mismas como objetos abstractos, asignándoles valor. Trata sobre la conducta correcta y la vida buena, en el sentido que una acción que posee mucho valor o un valor relativamente elevado, puede ser considerada buena, desde un punto de vista ético y viceversa.

El valor relativo es subjetivo, dependiente de puntos de vista individuales o culturales, y por lo tanto es entendido como valor personal y cultural. El valor absoluto, por otra parte, lo es en un sentido filosófico e independiente de puntos de vista individuales y culturales, además de ser independiente de si es aprendido o no.

El valor relativo puede ser considerado como una experiencia por los sujetos del valor absoluto. El valor relativo por lo tanto varía según la interpretación individual y cultural, mientras que el valor absoluto, permanece constante, sin importar la experiencia individual o colectiva del mismo.

El término *derecho*, no como ciencia o un determinado cuerpo de normas que conforma una o varias materias de esta disciplina, por ejemplo, Derecho Laboral, Derecho Penal, ect, es, como derecho subjetivo, la facultad que ha otorgado el ordenamiento jurídico a una persona, es decir, derecho a la educación, a la salud, derecho a dirigir quejas y que se le responda, entre otros.

El derecho a la igualdad es aquel derecho inherente que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, creencias o cualquier otro motivo.

Conforme a lo apuntado se entiende a los principios como valores morales de una persona o grupo social, descritos estos valores, como objetos abstractos, por cuanto resultan de las acciones mismas que efectúan los seres humanos, premiados de derechos subjetivos, porque la ley le otorga la facultad de poseerlos; siendo razonable entonces, asumir que la igualdad admite un análisis tridimensional, cuyo sujeto común son los individuos y para cuya observación debe vaticinarse la premisa de “igualdad de qué” e “igualdad entre quiénes”, evaluándola siempre desde un enfoque de género, asumida como un principio, un derecho, un valor.

La Constitución de la República de Cuba, como postura inequívoca del estado a favor de los que no alcanzan los 18 años de edad, en su artículo 40 establece, “La niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad. La familia, escuela, los órganos estatales y las organizaciones de masas y sociales tienen el deber de prestar especial atención a la formación integral de la niñez y la juventud”.

Seguidamente dedica el capítulo VI a la “igualdad”, proscribiendo todo acto de discriminación por cualquier causa lesiva a la dignidad humana, aseverando que las instituciones educarán a todos, desde la más temprana edad, en el *principio de la igualdad* de los seres humanos y que el Estado se esfuerza por crear las condiciones que propicien la realización de ese principio, legitimado en otras normas jurídicas de inferior rango, pero igualmente respetadas por los destinatarios.

Se reitera la disposición de no discriminación bajo ningún concepto y la responsabilidad de los adultos, padres y/o educadores como parte de la sociedad, en respetar esa regla que encuentra respaldo en la norma suprema, al enunciar los derechos, deberes y garantías fundamentales que rigen la sociedad cubana, traducidos en derecho de reunión, a la educación física, a la defensa, etc, así como en el resto de los cuerpos jurídicos que para cada tema en particular se promulgan.

El Decreto-Ley No 64/1982 del Sistema para la Atención a Menores con Trastornos de Conducta, además de crearlo con el objetivo de la reorientación o reeducación de las personas menores de 16 años de edad, establece que será regido conjuntamente

por los ministerios de Educación y del Interior, disponiendo tres categorías para enmarcar el actuar de aquellos, en función de atender sus condiciones especiales, como también se diferencia la enseñanza para los que poseen algún tipo de dificultad mental, visual o de otra índole.

El propio cuerpo legal en su artículo 20 define las medidas a aplicar, que van desde el internamiento o asistencia obligatoria a una escuela de conducta de Educación o centro de reeducación del Minint, hasta la atención individualizada en las propias escuelas del Sistema Nacional de Educación, como medidas principales dispuestas en el dictamen o resolución, respectivamente, y que definen el carácter interno o externo de estas, que unidas a otras de perfil accesorio, completan el procedimiento a seguir con los controlados, por los órganos encargados de lograr la mentada reorientación o reeducación.

Es prudente destacar que aun cuando el Decreto Ley antecedió la ratificación de Cuba de la Convención sobre los Derechos del Niño, no existe contradicción en sus letras y aunque el primero es de aplicación en todo el territorio nacional, en cada provincia tiene mayor o menor repercusión, según las características socioeconómicas de sus pobladores y el desarrollo alcanzado en su personal docente. Por ello las consideraciones al respecto se enmarcan en las experiencias acaecidas en el municipio Las Tunas.

La disposición de que un estudiante sea atendido por alguno de los Consejos, va precedida de un proceso investigativo, analizando las condiciones familiares y sociales de los menores por diferentes especialistas, permitiendo caracterizar, no solo al infante, sino a su familia y entorno social, lo cual permite que comunitariamente se conozca de las dificultades conductuales y sus consecuencias, conllevando, desde el punto de vista institucional, a una diferenciación positiva para con el menor y sus consanguíneos, pues generalmente se tratan de núcleos disfuncionales.

No obstante, y con independencia del interés estatal, en el municipio Las Tunas, no son pocas las personas que, además de desconocer el procedimiento, menosprecian a los infantes, no solo a los que en la actualidad estudian en escuelas especiales reformadora de la conducta (Alberto Arcos Luque y Celia Sánchez), sino a los egresados, quienes amén de haber superado esos problemas, generalmente cargan con el peso de ser señalados por ese motivo, afectándose en la mayoría de los casos, su reinserción en la comunidad, nuevo centro escolar y puesto laboral, mas, para el actual trabajo nos interesan los que hoy constituyen la matrícula.

Implica que la voluntad política de protegerlos, concretada en acciones, no ha podido impedir que existan niñas, niños y adolescentes que tengan algunos de sus derechos en riesgo o vulnerados, pues solo con mencionar el centro escolar, “escuela de conducta”, presupone una alarma en el receptor, y consecuentemente un rechazo, al considerar que se tratan de delincuentes o futuros criminales.

La Fiscalía General de la República, conforme el artículo 25.1.2, inciso e) de la Ley 83/97, tiene la facultad de examinar todo tipo de documentación relativa a los menores, por ello trimestralmente visita el universo de los dictaminados y

resolucionados con el objetivo de fiscalizar el cumplimiento de las medidas dispuestas y cómo están influyendo en la actuación de los involucrados.

Tal práctica permite apuntar que las deficiencias advertidas, no solo son procedimentales, van aparejadas al escaso o ningún dominio del educador respecto al mecanismo legal, quien posee conocimiento de la situación del estudiante y las causas que lo motivan a ser indisciplinado; sin embargo, como vía de escape y para evitarse conflictos, se concentra en este hasta expedientarlo para su internamiento y no en atacar las causas y condiciones que lo afectan, de modo que la fórmula se invierte y lejos de aportar ganancias, acarrea derrotas para el sistema educacional y las organizaciones políticas y de masas involucradas, que deben actuar apoyando el proceso y no lo hacen con toda la calidad requerida.

Resulta este uno de los actos más excluyentes si se tiene en cuenta la función educativa y socializadora del maestro, la cual debe trascender las aulas de manera coherente con la política estatal y los principios refrendados en el ordenamiento jurídico.

Los progenitores, por su parte, revelan prejuicios en cuanto a que su hijo sea acogido en el sistema, incluso se niegan a su internamiento alegando que serán custodiados por militares armados, ocasionando que los funcionarios actuantes soliciten la colaboración del fiscal, quien ha logrado, a partir de visitas conjuntas a los centros y la trasmisión de información, no solo de las instituciones sino de los sentimientos que expresan los mismos descendientes, que los padres cambien de actitud y reconozcan lo positivo de la decisión del Consejo, sirviéndole para comprender a los suyos y preocuparse por su bienestar.

En oportunidades se escuchan, padres, maestros y ciudadanos comunes, requiriendo a un infante con el apercibimiento de que si continúa con su desajustado actuar lo remitirán para la escuela de conducta; los propios educadores sitúan a este tipo de escuelas en desventaja y no difunden en su radio de acción, las mejorías futuras que implica para un niño, niña o adolescentes, contar con especialistas encargados de guiarlos.

Al intercambiar con varios trabajadores del sector educativo y jurídico, vinculados al asunto, coincidieron en que no es la generalidad, pero afloraron diferentes reflexiones en el orden social y educacional, resumidas en conceptos como: excluidos e incomprensidos, discriminados por falta de conocimiento, se observan como un potencial delictivo, son discriminados y les crea antecedentes para toda la vida, son un problema para la sociedad, entre otros calificativos.

Serían muchos los ejemplos para ilustrar esta problemática, mas solo se enuncian los suficientes para motivar a la reflexión sobre estos tópicos y concientizar a las personas en la obligatoriedad y necesidad de tratar a todos los niños por igual, sin que implique desprotegerlos respecto a sus características individuales que lo hagan merecedor de una atención especial.

Deviene axioma de la condición humana el concepto "igualdad", especialmente vista desde un enfoque de género, al constituir una regla general de pensamiento lógico respecto a esta especie, solo por serlo y sin detenerse en las individualidades que lo hacen irreplicable.

En Las Tunas, a pesar del mandato constitucional, en la actualidad es palpable y con carácter creciente, la desigualdad entre niños, niñas y adolescentes respecto a los problemas conductuales que presentan en comparación con otros que no lo poseen, discriminación generada del proceder inapropiado de sus maestros y que, al igual que el resto de la sociedad, no dominan las normas implementadas para el trabajo con los mismos y sus familiares, desfavoreciendo con su actuar a los más perjudicados, pues lejos de protegerlos de influencias negativas de los adultos, optan rápidamente por dictaminarlo o resolverlo, sin agotar al máximo el trabajo preventivo.

En aras de observar el principio de igualdad debe continuarse trabajando para garantizarla, en especial, entre los miembros de este sector social, no desde el color de la piel, sexo, posibilidad de superación y otros aspectos que puedan enumerarse, sino en su aceptación social, lejos de la conducta reprochable o no que hayan mantenido, y que sin dudas encontrará causas en el ambiente familiar y comunitario que le haya tocado asumir.

Para lograrlo se requiere en el territorio, maximizar la divulgación sobre las causas que conllevan a que los niños, niñas y adolescente sean acogidos al Sistema para la Atención a Menores con Trastornos de Conducta, que exista un adoctrinamiento popular que les posibilite a los tuneros saber, qué son y cuál es el encargo social de las instituciones que los atienden y qué rol le corresponde jugar a la familia, escuela y sociedad en general.

Lograda la publicidad, se estaría contribuyendo a incrementar la comprensión social sobre estos tópicos, educadores incluidos, lo que sin dudas conllevará a anular, o por lo menos disminuir significativamente, la tendencia a considerarlos desiguales respecto a los que no tienen incidencias negativas en su proceder.

Asimismo se requiere ampliar las acciones de prevención y que estas sean más conscientes e intencionadas.

Bibliografía

- 1- Azuela Güitrón, Mariano (2005). Las garantías de igualdad. México: Estudios Históricos. 11-30 pp.
- 2- Bobbio Norberto. (1993). Igualdad y libertad. Barcelona: Paidós. 53-86 y 97 pp.
- 3- Constitución de la República de Cuba.
- 4- Convención sobre los Derechos del Niño. 13-16 p.
- 5- Consejo de Estado. Ley 83/97 de la Fiscalía General de la República. 11p.
- 6- Consejo de Estado. Decreto Ley 64/82 Del Sistema para la Atención a Menores con Trastornos de Conducta. 1-8 p.
- 7- Pérez Portilla, Karla. (2005). Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 5-19; 29-36 y 47 pp.
- 8- Peñate Leyva, Ana Isabel. (2011). Sociedad, Educación y Derechos de la Infancia. La Habana. 41-47 pp

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS GARANTÍAS DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN CUBANA EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

LIC. LEONELA GONZÁLEZ LÓPEZ.

El análisis de la forma en que han desarrollado la regulación jurídica de las garantías al contrato de asociación económica internacional en Cuba, que dan nombre a esta ponencia, permite dilucidar que aunque cada nueva regulación a lo largo de la historia postrevolucionaria va conformando mejor un sistema de engranaje respecto a este contrato y las garantías que establece para el inversionista extranjero, nos falta aún adoptar una acabada regulación normativa que permita incentivar la mayor utilización de este en las actuales transformaciones del modelo económico, partiendo de las garantías que están establecidas, las que deben ser revisadas y las que deben ser adoptadas, lo que conllevaría a una mayor seguridad jurídica y protección a los inversionistas. Toda vez que es momento actual de realizar los cambios que sean pertinentes en aras del desarrollo sostenible del país.

Las limitaciones existentes en la regulación jurídica de las garantías del contrato de asociación económica internacional en la Ley de Inversión Extranjera cubana limita la seguridad jurídica del inversionista, lo cual constituye el problema científico identificado.

Para el desarrollo de la investigación se utilizaron métodos propios de la ciencia jurídica como el teórico-jurídico, histórico-lógico, exegético-analítico y otras técnicas como la revisión bibliográfica.

La identificación de la correspondencia de la regulación del contrato de asociación económica internacional en la Ley de Inversión Extranjera con las garantías que deberían estar reguladas en el mismo, constituye el principal resultado de la investigación, que sirve a su vez como punto de partida a la necesidad de una adecuada regulación jurídica del contrato, de ahí su importancia.

Con el decursar de los años las sociedades se han ido desarrollando siendo necesario el perfeccionamiento de la política económica de cada Estado y a la vez propiciando asociaciones entre ellos con el objetivo de ampliar los mercados de exportación y a su vez lograr un incremento en la economía nacional.

Es así que, el *joint venture* contractual, un contrato mercantil constituye el instrumento idóneo para atender a las exigencias del mercado universal brindando una amplia cobertura con fórmulas innovadoras para que personas naturales o jurídicas se asocien y emprendan una actividad específica en común, en un período determinado, conservando cada una su individualidad, respecto del cual coparticiparán en el esfuerzo y en el resultado.

En la doctrina cubana, el análisis de esta institución ha sido objeto de escaso tratamiento, dado el estancamiento que en materia mercantil sufrió el país. Mesa Tejeda²⁹¹, analizó el contrato y realizó distinciones de sus características en la práctica cubana que, no difieren de las ofrecidas por la doctrina internacional.

Del estudio de sus consideraciones es notorio la precisión de algunas limitaciones que subsisten en las garantías a pesar de haberse promulgado en el 2014 la Ley de Inversión Extranjera, tales como la intervención en algunos casos excesiva del Estado para determinados aspectos que se pudieran ser más flexibles, lo que pondría en tela de juicio el funcionamiento del empresario cubano y la autonomía de la voluntad de las partes.

Al respecto, la Dra. Prieto Valdés afirmó: en sede de inversión extranjera, el compromiso de seguridad que brinde el Estado receptor es uno de los pilares sobre los que se asientan las relaciones contractuales y ello atrae al inversionista, que sabe podrá poner su dinero y recursos a producir y a buen recaudo, sin la intervención limitativa del aparato de poder, sino que este actuará siempre de conformidad con las reglas acordadas. Así la certeza de lo futuro posible emerge como garantía superior.²⁹²

En el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba donde se acordaron los lineamientos de la política económica y social, en el número 96, se plantea la necesidad de perfeccionar las regulaciones y los procedimientos de evaluación, aprobación e instrumentación de la participación de la inversión extranjera, haciendo a la vez más ágil el proceso.

En este sentido, los contratos de asociación económica internacional juegan un papel esencial en el desarrollo económico de nuestro país y una herramienta necesaria para la provincia en la cual residimos, en la cual contamos con un sólo contrato de asociación, es por ello que el objetivo de la ponencia versa en una mirada actual a la legislación que lo regula y contribuir a su perfeccionamiento para que avancemos en la dinámica de las inversiones extranjeras directas.

²⁹¹ AA.VV.: Mesa Tejeda, Dra Natacha Teresa: La inversión extranjera en Cuba, una visión desde el Derecho, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2015.p17

²⁹² AA.VV.: Prieto Valdés, Martha: La inversión extranjera en Cuba, una visión desde el Derecho, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2015.artículo Garantías jurídicas en la inversión extranjera. p 23.

La inversión extranjera responde precisamente a la necesidad de atraer capital del exterior, para lograrlo se han intensificado el uso de sus modalidades y especialmente se ha impulsado la aplicación del contrato de asociación económica internacional, también conocido como joint venture contractual, siendo el término más utilizado universalmente desde su surgimiento.

Esta forma de asociación económica se extendió más atrasada a Cuba, pues la historia desde la llegada de los españoles en 1492, la marca el contexto internacional en que se desarrolló, época desde la cual se demuestran las primeras intenciones de penetración de capital extranjero, en grandes construcciones, en la industria azucarera, el café y otros sectores. Siendo el capital español la primera forma de inversión extranjera en la isla y la legislación de la metrópolis, la primera de índole mercantil.

Con la Toma de la Habana por los ingleses en 1762, nuevos inversionistas se asentaron, pero limitaron su influencia a la capital. El desarrollo de la industria que genera la revolución industrial inglesa aceleró las inversiones británicas en la colonia hispánica, para dar paso a un incipiente progreso de la economía cubana a partir del capital y las nuevas tecnologías aportadas.

A partir de la intervención yanqui en la guerra hispano-cubana y el nacimiento de la República mediatizada, irrumpen en el territorio cubano, conjuntamente con los Estados Unidos otras naciones como Alemania, Canadá y España. Las nuevas relaciones con los Estados Unidos propiciaban saltos en la economía cubana. Se firmó el 11 de Diciembre de 1902 el Tratado de Reciprocidad Comercial, catalizador para que el capital norteamericano llegara a Cuba a invertir en la industria nacional, lo que provocó un período inflacionario y otro deflacionario.

Llegada la Revolución en 1959, se toman las medidas de nacionalización y sufre Cuba un período de estanco en materia mercantil, que se caracterizó por las agresiones de Estados Unidos y la implantación del bloqueo económico. Fue necesario buscar relaciones con países del campo socialista, encontrándose esta ayuda en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviética (URSS), donde las inversiones realizadas fueron en el marco de nuevas relaciones hechas por nuevos sujetos económicos.

En el período comprendido entre las décadas del 60 al 90, no puede hablarse propiamente de inversión extranjera, lo que existía era una colaboración bilateral entre Cuba y los países del Consejo de Ayuda Económica (CAME), que tuvo su momento culminante a finales de la década de los 80, debido al inminente derrumbe del campo socialista y la consiguiente necesidad de abrir el país a la inversión extranjera, para suplir la falta de las relaciones comerciales que hasta el momento se habían establecido.

La desaparición del campo Socialista y de la URSS, junto al recrudecimiento del bloqueo económico condenado por tercera ocasión por la abrumadora mayoría de países en la Asamblea General de Naciones Unidas, colocaron abruptamente a Cuba en el más complejo momento de su historia como nación independiente.

Por lo que resultó preciso legislar, promulgándose el 15 de febrero de 1982 el Decreto Ley 50 “Sobre asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras, y es de esta forma donde se evidencia por primera vez en este país el Joint Venture Contractual, al poder asociarse un inversionista nacional con uno extranjero, a fin de desarrollar una actividad empresarial de conjunto, formando un fondo común, sin crear personalidad jurídica propia, lo cual lo denominaban “otras formas de asociación”.

Constituyendo este Decreto ley el primer antecedente legislativo de la inversión extranjera en Cuba en el periodo postrevolucionario, según afirman varios autores.

Se concertaron convenios de asociación económica con Canadá, Holanda y otras entidades europeas en la rama minero-energética, posteriormente, en 1992, se modificó el artículo 23 de la Constitución de la República mediante el cual, el Estado Cubano reconoce jurídicamente la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyan conforme a la ley, ya que hasta esa fecha la propiedad era solamente para las entidades estatales.

De igual manera modificaba la transmisión de la propiedad estatal de objetivos económicos, destinada a los fines del desarrollo del país, siempre que no fuesen afectados los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado.

No obstante, pese al enorme salto logrado en el orden legal, este aún se veía limitado y fue necesario la legislación y promulgación de una Ley de Inversión Extranjera, surgiendo así la Ley 77 del 5 de septiembre del año 1995, la cual estableció el concepto de contrato de asociación económica internacional, ofreció mayores garantías para los inversionistas, pero con el desarrollo acelerado de las sociedades fue necesario volver a legislar una nueva ley que se atemperara a las condiciones socioeconómicas actuales, siendo el 29 de marzo del 2014 que se promulgó la Ley 118 de Inversión Extranjera, en la cual se intensificó el contrato de asociación económica internacional.

Con la promulgación de la actual Ley de inversión extranjera no hubo un cambio brusco en la política gubernamental en cuanto a las inversiones, sino, que establece una continuidad armónica con la ley previa. Esta Ley 118 de 2014 es una legislación más atemperada a la práctica internacional, además de haberse nutrido con la experiencia nacional acumulada.

Regula en el artículo 2, inciso f, el contrato de asociación económica internacional como: el acuerdo entre uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros para realizar actos propios de una asociación económica internacional sin constituir persona jurídica distinta a las partes. De ello, debemos precisar que, es más bien una asociación en forma de colaboración.

En esta legislación se le da mayor fuerza a dicho contrato pues el mismo es una solución para la incorporación de capital extranjero al país e insertarse dinámicamente en el mercado mundial.

Dentro de las principales características del contrato podemos resaltar que no implica la constitución de una persona jurídica distinta a la de sus partes; puede

tener por objeto la realización de cualquier actividad contenida en la Autorización; las partes tienen libertad para estipular todos los pactos y cláusulas que entiendan convenir a sus intereses, con tal de que no infrinjan el objeto autorizado, las condiciones de la Autorización o la legislación vigente; y cada parte contratante hace aportaciones distintas, constituyendo una acumulación de participaciones de las cuales son propietarios en todo momento y aunque sin llegar a constituir un capital social, les es dable llegar a formar un fondo común, siempre y cuando quede determinada la porción de propiedad de cada uno de ellos.

En los contratos de asociación económica internacional cuyo objeto sea la administración hotelera, productiva o de servicios o la prestación de servicios profesionales, no se acumulan participaciones ni se crea un fondo común y tienen las características descritas en los siguientes tres párrafos.

Los contratos de asociación económica internacional para la administración hotelera, productiva o de servicios tienen como objetivos lograr mejores servicios al cliente o producciones con mayor calidad, beneficiarse con el uso de una marca internacionalmente reconocida y con la publicidad, así como la comercialización y promoción internacionales del inversionista extranjero. Los mismos poseen entre otras, las características siguientes:

El inversionista extranjero actúa a nombre y en representación del inversionista nacional, en lo que respecta al contrato de administración firmado; no se comparten utilidades; y el pago al inversionista extranjero se condiciona a los resultados de su gestión.

Los contratos de asociación económica internacional para la prestación de servicios profesionales tienen, entre otras, las características siguientes: se suscriben con compañías extranjeras consultoras de reconocido prestigio internacional; y tienen por objeto la prestación conjunta de servicios de auditoría, asesoría contable, servicios de avalúos y finanzas corporativas, servicios de reingeniería organizacional, mercadotecnia y gestión de negocios e intermediación de seguros.

El contrato de asociación económica internacional requiere para su validez la forma de escritura pública y entra en vigor al momento de su inscripción en el Registro Mercantil.

Otorgado un contrato de asociación económica internacional no pueden cambiar sus partes, salvo por acuerdo entre ellas y con la aprobación de la autoridad que concedió la Autorización.

La terminación del contrato de asociación económica internacional se rige por lo dispuesto en el mismo, sujeto a lo previsto en la legislación vigente.

Esta ley establece diversas garantías para el inversionista pues las mismas van hacer el conjunto de medios jurídicos y materiales necesarios para posibilitar que los derechos individuales y colectivos de los inversionistas se hagan realidad. Dentro de las garantías reguladas se encuentran las siguientes:

El Estado cubano garantiza que los beneficios concedidos a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones se mantienen durante todo el período por el que hayan sido otorgados. Las inversiones extranjeras dentro del territorio nacional gozan de plena protección y seguridad jurídica y no pueden ser expropiadas, salvo que esa acción se ejecute por motivos de utilidad pública o interés social previamente declarados por el Consejo de Ministros, en concordancia con lo dispuesto en la Constitución de la República, los tratados internacionales suscritos por la República de Cuba en materia de inversiones y la legislación vigente, con la debida indemnización por su valor comercial establecido de mutuo acuerdo, pagadero en moneda libremente convertible.

De no llegarse a acuerdo sobre el valor comercial, la fijación del precio se efectúa por una organización de prestigio internacional en la valoración de negocios, autorizada por el Ministerio de Finanzas y Precios y contratada al efecto por acuerdo de las partes que intervienen en el proceso de expropiación. De no existir acuerdo entre ellos con respecto a la selección de la referida organización, a su elección, se realizará un sorteo para determinarla o se acudirá a la vía judicial.

Las inversiones extranjeras son protegidas en el país, contra reclamaciones de terceros que se ajusten a derecho o la aplicación extraterritorial de leyes de otros Estados, conforme a las leyes cubanas y a lo que dispongan los tribunales cubanos.

El plazo de la autorización otorgada para el desarrollo de las operaciones de una empresa mixta, de las partes en un contrato de asociación económica internacional o de la empresa de capital totalmente extranjero, puede ser prorrogado por la propia autoridad que lo otorgó, siempre que se solicite por las partes interesadas antes del vencimiento del plazo fijado.

De no prorrogarse el plazo a su vencimiento, se procederá a la liquidación de la empresa mixta, del contrato de asociación económica internacional o de la empresa de capital totalmente extranjero, según lo acordado en los documentos constitutivos y lo dispuesto en la legislación vigente. Lo que corresponda al inversionista extranjero, será pagado en moneda libremente convertible, salvo pacto expreso en contrario.

El inversionista extranjero parte en una asociación económica internacional puede, previo acuerdo de las partes, vender o transmitir en cualquier otra forma al Estado, a un tercero o a las partes en la asociación, previa Autorización, total o parcialmente, sus derechos en ella, recibiendo en moneda libremente convertible el precio equivalente, salvo pacto expreso en contrario.

El importe que corresponda recibir al inversionista extranjero en los casos a que se refieren los párrafos anteriores de esta Ley se determina por acuerdo entre las partes. De ser necesario acudir en cualquier momento del proceso a un tercero para establecer el importe, se selecciona una organización de prestigio internacional en la valoración de negocios, autorizada por el Ministerio de Finanzas y Precios.

El Estado garantiza al inversionista extranjero la libre transferencia al exterior en moneda libremente convertible, sin pago de tributos u otro gravamen relacionados con dicha transferencia, de: los dividendos o beneficios que obtenga por la

explotación de la inversión; y las cantidades que deberá recibir en los casos a que se refieren los párrafos anteriores.

Las personas naturales extranjeras que presten sus servicios a una empresa mixta, a las partes en cualquier otra forma de asociación económica internacional o a una empresa de capital totalmente extranjero, siempre que no sean residentes permanentes en la República de Cuba, tienen derecho a transferir al exterior los haberes que perciban dentro de la cuantía y conforme a las demás regulaciones dictadas por el Banco Central de Cuba.

Las empresas mixtas y los inversionistas nacionales y extranjeros partes en los contratos de asociación económica internacional, son sujetos del régimen especial de tributación que dispone esta Ley, hasta el vencimiento del plazo por el que fueron autorizadas.

Para la creación de una asociación económica internacional, el inversionista nacional debe negociar con el inversionista extranjero cada aspecto de la inversión, incluida su factibilidad económica, los aportes respectivos, según corresponda, la forma de dirección y administración que tiene esa asociación, así como los documentos jurídicos para su formalización.

Las empresas mixtas, los inversionistas nacionales y los inversionistas extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional y las empresas de capital totalmente extranjero, abren cuentas en cualquier banco del Sistema Bancario Nacional, por medio de las cuales efectúan los cobros y pagos que generan sus operaciones según el régimen monetario vigente. Asimismo, podrán acceder a los servicios que ofrecen las instituciones financieras establecidas en el país.

Las empresas mixtas y los inversionistas nacionales partes en contratos de asociación económica internacional, previa autorización del Banco Central de Cuba y con arreglo a las regulaciones vigentes, pueden abrir y operar cuentas en moneda libremente convertible en bancos radicados en el extranjero. Así mismo pueden concertar operaciones crediticias con instituciones financieras extranjeras de acuerdo con las regulaciones vigentes en esta materia.

Las empresas mixtas, los inversionistas nacionales y los inversionistas extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional y las empresas de capital totalmente extranjero tienen derecho, de acuerdo con las disposiciones establecidas a tales efectos, a exportar e importar directamente lo necesario para sus fines.

Las empresas mixtas, las partes en los contratos de asociación económica internacional y las empresas de capital totalmente extranjero adquirirán, preferentemente bienes y servicios en el mercado nacional, ofrecidos en iguales condiciones de calidad, precios y plazos de entrega a las del mercado internacional.

Las empresas mixtas, las partes en los contratos de asociación económica internacional y las empresas de capital totalmente extranjero pueden ser autorizadas por el Ministerio del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera a crear un fondo de estimulación económica para los trabajadores cubanos y extranjeros residentes permanentes en la República de Cuba que presten sus servicios en actividades

correspondientes a las inversiones extranjeras. Las contribuciones al fondo de estimulación económica se hacen a partir de las utilidades obtenidas.

Los trabajadores cubanos o extranjeros residentes permanentes en la República de Cuba que presten sus servicios a las partes en los contratos de asociación económica internacional son contratados por la parte cubana, con arreglo a las disposiciones legales vigentes en materia de contratación laboral.

Las empresas mixtas y los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones tributarias y sus derechos como contribuyentes se regirán por lo establecido en las disposiciones vigentes sobre la materia, con las adecuaciones que se disponen en los artículos siguientes.

Se exime del pago del impuesto sobre los ingresos personales, a los inversionistas extranjeros socios en empresas mixtas o partes en contratos de asociación económica internacional, por los ingresos obtenidos a partir de los dividendos o beneficios del negocio.

El impuesto sobre utilidades, se paga por las empresas mixtas, los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional aplicando un tipo impositivo del quince por ciento sobre la utilidad neta imponible.

Se exime del pago del impuesto sobre utilidades a las empresas mixtas y partes en los contratos de asociación económica internacional por un período de ocho años a partir de su constitución. El Consejo de Ministros podrá extender el período de exención aprobado.

Las empresas mixtas y los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional pagan el impuesto sobre las ventas con una bonificación del cincuenta por ciento en el tipo impositivo a aplicar sobre las ventas mayoristas.

Se exime del pago de este impuesto a las empresas mixtas y a los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional, durante el primer año de operación de la inversión.

Las empresas mixtas y los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional pagan el impuesto sobre los servicios con una bonificación del cincuenta por ciento en el tipo impositivo a aplicar.

Se exime del pago de este impuesto a las empresas mixtas y a los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional, durante el primer año de operación de la inversión.

Se exime del pago del impuesto por la utilización de la fuerza de trabajo a las empresas mixtas y a los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional.

Las empresas mixtas y los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional pagan los impuestos por el uso o explotación

de las playas, por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas, por el uso y explotación de bahías, por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre y por el derecho de uso de las aguas terrestres, con una bonificación del cincuenta por ciento durante el período de recuperación de la inversión.

Se exime del pago del impuesto aduanero a las empresas mixtas, los inversionistas nacionales y extranjeros, partes en contratos de asociación económica internacional, por las importaciones de equipos, maquinarias y otros medios durante el proceso inversionista, de acuerdo con las normas establecidas al respecto por el Ministro de Finanzas y Precios.

Son sujetos pasivos de la contribución territorial para el desarrollo local, las empresas mixtas, los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional y las empresas de capital totalmente extranjero.

Se eximen del pago de la contribución territorial para el desarrollo local, durante el período de recuperación de la inversión, a las empresas mixtas, así como a los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional.

Se excluyen de lo establecido en los artículos precedentes a los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional que tengan por objeto la administración hotelera, productiva o de servicios y la prestación de servicios profesionales, que tributan con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Sistema Tributario y las normas que la complementan.

Considerando la coyuntura expuesta, las ideas que exponemos aquí son simples. Podemos concluir que los Joint Venture Contractual tienen una larga historia dentro del mundo de los negocios internacionales, de manera que no se puede afirmar que sea únicamente una invención de los años 80.

En Cuba el contrato de asociación económica internacional juega un rol fundamental en las nuevas transformaciones de la política económica del país, su utilización es considerada una vía capaz de contribuir a superar las condiciones actuales, además de ser considerado como un medio para hacer factible recursos financieros complementarios, tecnologías y el acceso a nuevos mercados.

Las garantías jurídicas que amparan el alegado contrato a lo largo de los años, se evidencia que se han revisado e incrementado, sobre la base de la experiencia práctica acumulada, con el fin mayor que es el de promover la inversión extranjera en el país y desarrollar la economía del Estado, conjunto de instituciones que aún deben revalorar las garantías, dado que en la práctica aún se evidencian limitaciones.

Para estimular contratos de asociación económica internacional además de la ley especial que lo regula, es necesario un grupo de garantías normativas e institucionales que brinden mayor seguridad jurídica al inversionista, lo que atraería al capital foráneo.

Bibliografía

1. Ley de Inversión Extranjera No.118, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en su sesión del 29 de Marzo del 2014 y publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de 16 de abril del mismo año.
2. Constitución de la República de Cuba.
3. Colectivo de autores: La inversión extranjera. Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, diciembre de 2015.
4. Revista Cubana de Derecho, las número 43 y 44 del año 2014 y 2015.

LA NEGOCIACIÓN COMO FORMA ALTERNATIVA DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

LIC. PEDRO YASEL ESPINOSA ALEAGA.

El encuentro de intereses, las contradicciones, son cada vez más complejas, en nuestra contemporaneidad, la forma en la que enfrentamos y vencemos los obstáculos, nuestros beneficios, y la yuxtaposición de nuestras aspiraciones e intereses, son momentos cumbres que sirven para indicarnos porqué es que somos tan especiales, siendo la razón por la cual marcamos la diferencia en comparación con el resto de los seres vivos. Y es mediante las técnicas de la negociación, lo que nos proporciona las herramientas necesarias para lograr un negocio exitoso.

La negociación de una forma consciente o inconsciente, nos ha servido en disímiles momentos de nuestras vidas. En el día a día, desde que nos levantamos, constantemente estamos negociando, incluso hasta sin percibirlo, todos estamos negociando, tomando decisiones, a los fines de encauzar nuestros intereses o anhelos, esperanzas, aspiraciones, y ello es así, por la propia dinámica de la sociedad en la que nos encontramos inmersos de la cual no escapamos. Es por ello resulta necesario aprender a negociar, utilizando las técnicas de la negociación para obtener negocios exitosos.

Todos los conflictos no tienen una solución jurídica, es mejor negociar, que un buen juicio.

Si prestamos atención a un día cualquiera en la vida de una persona, encontraremos que la negociación es una constante en su comportamiento. Siempre se está negociando, aun sin notarlo y sin prepararse como es necesario. De una efectiva preparación para negociar se deriva la el éxito del negocio.

La habilidad para negociar y llegar a acuerdos que impliquen relaciones de largo plazo, que generen beneficios mutuos y que sean realmente ejecutables, es cada vez más trascendente para el éxito.

Dentro de las definiciones de negociación, se encuentran las siguientes:

Según Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton: "Forma básica de conseguir lo que se quiere de otros. Es una comunicación en dos Sentidos designadas para llegar a un acuerdo cuando las partes tienen algunos Intereses en común y otros opuestos".

Por su parte, para Damison Selby: "Es un proceso para llegar a un acuerdo sobre los términos básicos de la relación comercial. Este proceso conduce a la solución en forma pacífica de problemas de interés común y de problemas de intereses divergentes y opuestos, por medio del debate y de la mutua adaptación".

Dennis A. Hawver expresa que: es el "procedimiento que ocurre cuando dos o más partes, cada una de las cuales está en posesión de un recurso que la otra desea, tratan entre ellas de convenir en el intercambio mutuo de los recursos en juego".

La negociación es un esfuerzo de interacción que se realiza a fin de generar beneficios.

Es un proceso por el cual las partes interesadas resuelven conflictos, acuerdan líneas de conducta, buscan ventajas individuales y/o colectivas, procuran obtener resultados que sirvan a sus intereses mutuos. Se contempla generalmente como una forma de resolución alternativa de conflictos o situaciones que impliquen acción multilateral.

Existen fundamentalmente dos tipos de negociación: la colectiva y la que se hace a título individual.

La negociación colectiva: Es aquella que se realiza, entre varios negociadores de una parte y de otra otro grupo de la otra parte, por ejemplo, entre los trabajadores de una empresa o sector, normalmente (aunque no siempre) reunidos a través de un sindicato o grupo de sindicatos y la empresa o representantes de empresas del sector. La finalidad de la negociación es llegar a un acuerdo en cuanto a las condiciones laborales aplicables a la generalidad de los trabajadores del ámbito en el que se circunscribe la negociación (contrato o convenio colectivo de trabajo).

En ocasiones, como medida de presión para la negociación y para hacer cumplir los acuerdos cuando consideran que no han sido cumplidos, los trabajadores pueden acudir a la huelga. En el caso de, Cuba pueden los trabajadores como sujetos de derecho establecer su formal reclamación y establecer la correspondiente demanda a los efectos de perfección de un contrato atemperado a sus justas aspiraciones aunque en la praxis existe muy poca experiencia sobre este particular.

La negociación colectiva es una manifestación particular del diálogo social, y está considerado como un derecho fundamental básico integrante de la libertad sindical. Mundialmente se encuentra garantizado en el Convenio 98 y 154 de la OIT.

La negociación y su logro del consenso entre disputantes muchas veces permiten restablecer absolutamente la relación interpersonal, lo que tiene una incidencia directa en el estado anímico del trabajador y en la eficiencia de su proceso productivo en un gran número de ocasiones.

La Negociación Colectiva puede estar determinada también, por un equipo negociador, preparado a tales efectos, como lo es el caso del Equipo Negociador de Las FARC EP, Fuerzas Armadas de Colombia Ejército del Pueblo, y el otro en representación del Gobierno Colombiano, o recientemente los equipos de negociaciones de EEUU y Cuba en el reestablecimiento de sus relaciones a partir del 17 de diciembre del 2015.

La negociación individual: Es la que se realiza directamente entre los negociadores, aunque puede estar dirigida o encausada por un mediador, que es un tercero interventor neutral que va a facilitar el proceso de negociación, o incluso con la participación de abogados, o los abogados sin participación del mediador, o las personas naturales a título personal, o letrados como representantes en sí de los negociadores defendiendo los intereses de sus clientes, que puede ser ya en vía judicial o extra judicial, en los procesos de conocimiento en materia Civil en la comparecencia se da la oportunidad a las partes para arribar a un acuerdo a tenor de la instrucción 217 de fecha 17 de julio del 2012, patentiza que el tribunal *....fomenta el dialogo constructivo mediante la actividad conciliatoria y lograr acuerdos que armonicen los intereses de los contendientes*. De ahí la importancia y necesidad de conocer habilidades negociadoras para lograr una negociación eficiente, en la ONBC.

La negociación Familiar y Conyugal:

Desde el surgimiento de la humanidad y la necesidad del hombre de vivir en comunidad, la familia constituye el eslabón principal del sistema de relaciones sociales y es evidente que la relación conyugal, al ser la creadora de la familia, juega un importantísimo rol social.

En la negociación familiar, son complejos los casos de divorcio entre esposos con hijos menores de edad, pues son personas que no pueden continuar la relación conyugal, sin embargo tienen que seguir interrelacionándose uno con el otro de modo cooperativo. Las consecuencias del divorcio, no solo son serias para los esposos y los hijos, las secuelas económicas en estos casos son influyentes en la profundización del conflicto y en la ruptura del puente comunicacional entre los protagonistas, el divorcio del padre o la madre es respecto al vínculo matrimonial y no respecto a los hijos máxime cuando se llegue a un acuerdo debe ser siempre sobre la base de lo que resulte más beneficioso para el niño.

La inexperiencia en el enfrentamiento de la nueva situación, unida a la inestabilidad emocional son factores a tomar en consideración en el análisis del conflicto aludido como referencia. Debido a esta razón, se puede negociar en estas nuevas circunstancias la forma de comunicación con el infante.

La negociación judicial

Existen litigios de índoles judiciales (divorcios, cesiones de derechos, herencias, etc.) en los que el acuerdo y la voluntad entre las partes litigantes no están absolutamente anulados por la decisión del juez. Hay quienes prefieren litigar intereses y derechos frente al juez que utilizar la alternativa de la negociación, incluso hay conflictos donde la propia Ley obliga a las partes a solucionarlos a través del sistema judicial. No obstante, hay cuestiones en litigios judiciales donde es libre la posibilidad del acuerdo consensual, la comparecencia en el proceso civil, los delitos a instancias de parte en lo penal, la solución amigable en procesos de tipo comerciales a la que se hace alusión en cuanto a incumplimientos de contratos antes de acudir a un tribunal, y también existe la solución extra judicial, y las partes pueden decidir acudir a la negociación para resolver esas cuestiones.

Sistemas jurisdiccionales contemporáneos, inmersos en un proceso de perfeccionamiento en cuanto a los litigios que tramitan, utilizan la negociación adscripta a los tribunales de justicia para incidir directamente en la efectividad de la resolución del conflicto subyacente en los litigios. De esta manera se facilita y agiliza la solución judicial de disputas, cuando éstas son inevitables. Así, el sistema judicial de la sociedad tiene en la negociación, no sólo un sistema alternativo sino que esta puede funcionar como apoyo sustancial y definitivo al proceso de negociación.

La Negociación Empresarial:

Las empresas no sólo mantienen relaciones de vital importancia con sus clientes y suministradores, sino también con sus empleados. Conforme se han establecido normas de promoción y pluses de rendimiento para inducir al empleado a la cooperación, las empresas reconocen paulatinamente, que la negociación, con sus empleados, es el método más eficaz para que el empleado se identifique con los objetivos empresariales. Existe una gran variedad de motivos como evitar la extensión de un conflicto, su agravamiento, evitar litigios judiciales, la imagen de la empresa que estimulan al empresario a introducir procedimientos internos de resolución de conflictos. La resolución de conflictos, incrementa la productividad, gracias a que los empleados están más satisfechos y mejora el clima laboral, pero a veces ocurre que las personas comprometidas en conflictos no consiguen desarrollar un proceso eficaz ni encuentran soluciones integradoras, necesitando por tanto, de ayuda externa para resolverlos. La negociación empresarial, tiene su fundamento en la equidad, privacidad, en la libertad de las personas para solucionar sus propios asuntos, y en los legítimos intereses de todas las empresas que de un modo u otro se vean afectadas por un conflicto. La negociación empresarial pretende por lo tanto reanudar o facilitar la comunicación, conseguir soluciones adaptadas a cada situación concreta, atender a las necesidades de cada empresa y alcanzar acuerdos duraderos. La negociación va dirigida a todas las empresas que se encuentren inmersas en una situación de conflicto respecto a los derechos y deberes que emanan de una relación contractual.

Entre los asuntos empresariales que pueden resolverse a través de la negociación, se encuentran, las relaciones entre socios, con clientes y proveedores, con el equipo profesional de la empresa. Equipo que debe tener habilidades de negociación así como debe conocer técnicas de marketing de estudios de mercados es decir la parte comercial de cualquier empresa debe dominar el arte de la negociación, siendo una imperiosa necesidad de preparar a los encargados de la negociación en las diferentes entidades sobre la diferentes técnicas de negociación, estrategias, estudios de mercados técnicas mercantiles en aras de establecer estudios de mercados, el mundo hoy se mueve sobre esta base y es necesario que se utilicen técnicas de negociación en aras de lograr mejores negociaciones más efectivas. Por desconocimiento se cree que estudio de mercado es realizar un sondeo del valor de los productos en el mercado, mientras que el contenido de este es mucho más amplio pues abarca las expectativas de los gustos y preferencias del cliente final que es en definitiva el consumidor del producto.

Por solo citar ejemplo, el supra-mencionado tema de oferta, mal empleado a creado falsas expectativas y falacias negóciales, la oferta y demanda es todo un resultado de estudio de mercado con sus diferentes variables no puede ser una mera imposición vendedor comprador, existen herramientas como el Marketing, es el conjunto de técnicas que con estudios de mercado intentan lograr el máximo beneficio en la venta de un producto: mediante el marketing podrán saber a qué tipo de público le interesa su producto. Su función primordial es la satisfacción del cliente (potencial o actual) mediante las cuales pretende diseñar el producto, establecer precios, elegir los canales de distribución y las técnicas de comunicación más adecuadas. El marketing mix son las herramientas que utiliza la empresa para implantar las estrategias de Marketing y alcanzar los objetivos establecidos. Estas herramientas son conocidas también como las P del marketing.

En nuestras sedes de Bufetes Colectivos, los letrados en disímiles ocasiones debido al proceso que representan se les brindan la posibilidad de negociar, y si los abogados tuvieran el conocimiento teórico mínimo para hacer negocios estos se efectuarían con mayor eficiencia celeridad, y en definitiva se estarían representando con mucha profesionalidad y eficacia los intereses de nuestros clientes.

Sin embargo, la verdadera trascendencia de la negociación no se deriva de su práctica frecuente y cotidiana, sino de la importancia que tiene en la generación de resultados: siempre que dos o más personas interactúan para intentar alcanzar un acuerdo, hay un resultado (incluso si se mantiene el estado anterior, ése sería el resultado), y esto puede ser favorable o desfavorable para una de las partes involucradas, o incluso para todas ellas. Quien negocia en forma adecuada suele generar resultados que le benefician, de la misma forma en que cometer errores en la negociación lo aleja de sus objetivos.

Consideramos que si se implementan técnicas y habilidades de negociación en la ONBC, se representarían con mayor éxito los intereses de nuestros clientes.

Es un servicio más que puede asistir la ONBC a la ciudadanía, que podría crearse un codificador para este tipo de servicio especial cuando los interesados lo soliciten. O dentro del propio proceso judicial donde la Ley permita negociar; de este forma se

podría ampliar el espectro de posibilidades de representación letrada siendo otro servicio profesional y especializado que puede brindar la ONBC. A ello se añade que produce una mayor celeridad respecto a la terminación del asunto, disminuye el cúmulo de procesos ante un tribunal;

Bibliografía

Colectivo de Autores. Tesis Estilo de Negociación Estadounidense; [en línea]. [Consultado 1 de mayo 2015, 9:00]. Disponible en: www.doc.gov.

Castanedo Abay Armando La mediación. [en línea]. [Consultado 1 de mayo 2015, 9:00]. Disponible en: <http://la-bc.com/esp/practico/negociacion-02.htm>

ACCIONES PARA LOGRAR UNA MAYOR EFECTIVIDAD DE LAS VERIFICACIONES FISCALES EN EL MUNICIPIO DE JESÚS MENÉNDEZ

LIC. YADIRA PÉREZ CABREJA.

El artículo 127 de la Constitución de la República establece que ... “ *la Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado*”.²⁹³

Este es un principio que adquiere una incuestionable importancia con el avance de la institucionalización, el perfeccionamiento legislativo y la actualización del modelo económico cubano, conforme se estipula en el Lineamiento número 12 de la Política Económica y Social, en el cual se convoca a todas las entidades y a sus jefes a que, sobre la base de su acatamiento absoluto, asuman una actuación ética y a fortalecer el sistema de control interno para conseguir los objetivos propuestos, por lo que

²⁹³ Constitución de la República de Cuba. Artículo 127. p21.

resulta de gran significación el papel que, desde el ejercicio de nuestras funciones, seamos capaces de asumir y hacer valer para que se cumpla con esta disposición.

Ante la imperiosa necesidad de otorgarle un mayor grado facultativo a la actuación de la Fiscalía, a partir de la evolución de nuestra sociedad hacia formas más complejas de relaciones económicas internas y externas y la aparición de nuevas modalidades delictivas, manifestaciones de indisciplinas sociales y de corrupción, en el Capítulo 2 de la Ley 83/ 97, Ley de la Fiscalía General de la República, así como en su Reglamento”, se regula específicamente la actividad de la esfera de verificaciones fiscales.

Estas se entienden, en principio, como una acción de control externo, dirigida a comprobar el cumplimiento de la legalidad, a prevenir, descubrir y enfrentar las infracciones de ley y manifestaciones de corrupción administrativa, así como a contribuir a fortalecer la disciplina estatal y a determinar la responsabilidad laboral, material o penal, incluidos los colaterales, en los casos que así se compruebe.

Sin embargo, aún se presentan deficiencias organizativas, de medidas de preparación, control, seguimiento y supervisión que impiden alcanzar integralmente los objetivos propuestos, determinadas por el incumplimiento de tareas y funciones que transitan desde la preparación, hasta la culminación de las verificaciones fiscales sin agotar la investigación.

La Fiscalía General de la República dispone de un mandato constitucional que le confieren los artículos del 127 al 130 de la Carta Magna, los que están consecuentemente desarrollados en la Ley No. 83 de 1997 y establece que *“El control y preservación de la legalidad es la función de la Fiscalía General de la República dirigida a comprobar el cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales por parte de los organismos del Estado y sus dependencias, las direcciones subordinadas a los órganos locales del Poder Popular y por las demás entidades económicas y sociales y por los ciudadanos, así como para que se restablezca la legalidad en los casos que proceda y se ejercita por el Fiscal, de acuerdo con las facultades y procedimientos que se establecen en el presente título y el Reglamento...”*²⁹⁴

Para direccionar el procedimiento a seguir en estas acciones se confeccionó la Instrucción 5/99 del Fiscal General de la República, en la que se implementa el procedimiento metodológico. Contiene, por tanto, las indicaciones para la planificación y la realización de las verificaciones e investigaciones fiscales, desde la búsqueda de información previa, hasta el restablecimiento de la legalidad²⁹⁵, para lo

²⁹⁴Ley 83/97. Ley de la Fiscalía General de la República. Artículo 17. p7.

²⁹⁵ Segundo Por Cuanto de la Instrucción 5/99. p2. “Las verificaciones fiscales constituyen una facultad de la fiscalía, para detectar las violaciones de la legalidad en las entidades u organismos relacionados en el artículo 17 de la Ley 83 de 1997, de la Fiscalía General de la República, así como restablecer la legalidad quebrantada, al actuar como medio de prevención de nuevas infracciones e incoar en su caso los correspondientes procesos en contra de los infractores.”

cual, el pronunciamiento del fiscal se emitirá en un escrito en forma de resolución, tal como prevé el artículo 20, de la mencionada Ley de la Fiscalía.²⁹⁶

La Instrucción No.6/99, “Metodología para la aplicación del procedimiento administrativo de confiscación de bienes e ingresos obtenidos mediante enriquecimiento indebido”, Instrucción No. 2/00, que establece la reunión con los trabajadores de las entidades que han sido objeto de control y la Resolución No.396/05 “Metodología para formulación de denuncias en virtud de delitos detectados en verificaciones fiscales”, que junto a la Instrucción Metodológica 1/09, la Circular 1/10, que regula específicamente el comportamiento ético de los ejecutores, al momento de acometer las acciones de control y la Circular No. 6/11, a través de la que se establecen indicaciones para la aprobación del inicio del proceso confiscatorio previsto en el Decreto-Ley No. 149/94, constituyen la base legal que ampara el procedimiento que, como puede apreciarse, no se encuentra compilada en un único cuerpo.

Toda acción de preparación debe concebirse desde el momento mismo que se confecciona y aprueba el plan de verificaciones a ejecutar en el año, de manera que este le permita al fiscal buscar la información necesaria no solo para conocer su principales objetivos, sino para crear y adoptar un conjunto de medidas que permitan corregir las deficiencias de verificaciones anteriores y lograr una búsqueda de información veraz y concreta, los cual permitirán cumplir con los objetivos propuestos y obtener los resultados deseados, en virtud de ello, y por consiguiente, planificar nuevas acciones, organizarse y proyectarse hacia el futuro, de manera que su propósito primordial sea prevenir los resultados negativos y no enfrentarlos.

En no pocas oportunidades estas variantes se encuentran invertidas en la práctica, tributando directamente a que los resultados de las verificaciones fiscales no sean tan efectivos como se esperaba, teniendo en cuenta que, si no se accionó para que se preparara y ejecutara la verificación y redactara la resolución con la calidad requerida, tales propósitos no podrán lograrse.

Por ello podemos señalar que las principales problemáticas que se manifiestan en el desempeño del fiscal en cuanto a la preparación en la ejecución de las verificaciones fiscales, son:

1. Incorrecta preparación para el inicio de las verificaciones fiscales.

No puede alcanzar efectividad un trabajo cuya ejecución y desarrollo no ha estado precedido por una adecuada preparación, que debe partir de las acciones de auto preparación del fiscal verificador, no solo en las normativas que rigen la implementación o formas de ejecución de las verificaciones, sino también de las normativas específicas que rigen el funcionamiento de la entidad u organismo objeto de la verificación; sin embargo, en ocasiones se espera hasta el último momento

²⁹⁶ Ley 83/97. Ley de la Fiscalía General de la República. Artículo 20. p8. “Los pronunciamientos que realiza el Fiscal, como resultado del ejercicio de las funciones que le están atribuidas, según el efecto de los mismos, tienen las denominaciones y características siguientes:

Resolución: Cuando en la misma se disponga que se restablezca la legalidad quebrantada...

para ocupar los documentos y muchas veces los ocupados, no responden fehacientemente a los objetivos del trabajo.

En ocasiones falta también el asesoramiento a los verificadores que no tienen experiencia en la realización de las verificaciones, por lo que no se logra garantizar y direccionar la preparación a los efectos de que ese fiscal cuente con los documentos, vías y mecanismos necesarios para obtener toda la información que se recogen en la Instrucción 1/99, entre las que se encuentran:

- Dominio de los principales objetivos económicos en los territorios, enfatizando los vinculados a los programas especiales de la Revolución.
- Caracterización del objetivo económico a verificar, enfatizando en su objeto empresarial.
- Resultado de las acciones de control realizadas en el mismo.

Como consecuencia del incumplimiento de lo preceptuado en la mencionada Instrucción, no se acopia la información prevista, ni se evalúa y controla sistemáticamente, de manera que ni siquiera se conoce su nivel de actualización.

Otro factor que impide una mejor preparación de las verificaciones, está condicionado por la no colaboración oportuna o veraz de entidades o instituciones que, de manera directa, influyen o tributan información y que ayudan a cumplimentar los objetivos de la verificación, no solo no cumplen con esta función sino que, en ocasiones, son morosos en la entrega de la misma, comprometiendo el término de la ejecución de la verificación, tal es el caso de la PTI y demás órganos del MININT que coadyuvan al desarrollo de estos trabajos.

La información preliminar con la que se cuenta es insuficiente, situación condicionada, en lo fundamental, por la deficiente utilización de mecanismos de búsqueda que la tribute, al no establecer en el municipio coordinaciones pertinentes, por la no utilización de los canales de información establecidos y no buscar vías alternativas y, en ocasiones, no se identifican estas condicionantes, ni se adoptan las medidas correspondientes encaminadas a contrarrestarlas.

2. Evaluación incorrecta de los objetivos propuestos para realizar la verificación: Esto propicia que en las verificaciones fiscales sectorializadas, a pesar de definirse el plan de tareas a desarrollar a nivel nacional, en ocasiones no se agotan en su totalidad.

3. Incorrecta confección de los planes de ejecución de las verificaciones fiscales: Al haberse definido incorrectamente los objetivos de la verificación, las tareas que se consignan en los planes de las verificaciones tampoco tributan a la culminación exitosa de la misma, o bien porque no alcanzan los objetivos que se prevén, o porque no agota la investigación.

Se planifican tareas a partir de la transcripción literal de las previstas en las indicaciones de la dirección, sin traducirlas en acciones concretas que conlleven a la determinación de la posible existencia de una violación, no se tienen en cuenta las

tareas de aseguramiento, la ocupación de documentos, ni se conciben claramente los momentos para la ejecución de cada una de estas acciones.

A partir de estas omisiones, tampoco se garantizan que se lleven al plan de trabajo individual del verificador y en dependencia de ello, se planifiquen acciones de control, supervisión y ejecución, que le permitan conocer el resultado de las acciones concebidas en inicio y, a partir de ello, tomar las decisiones que resulten necesarias, trayendo consigo una marcada e injustificada dilación.

4. Incorrecta investigación:

Como se mencionó anteriormente, influyen además de una correcta búsqueda de información previa, la colaboración con otras entidades, y una vez que estos dos aspectos no se cumplen o se es superficial, provoca una ausencia de mecanismos del fiscal verificador, al no contar con la información comprobada, supervisada y debatida.

En este sentido se hacen resoluciones que adolecen de:

- ✓ Precisión en la narrativa, por ser omisas.
- ✓ Determinación integral de las circunstancias que favorecieron la existencia de estas, al consignarse algunas que son propiamente la violación
- ✓ Racionalidad en las solicitudes de medidas disciplinarias, a partir de la correcta determinación del grado de responsabilidad y de la discusión que de ese tema se haya hecho con el implicado y con su jefe.
- ✓ Determinación y exposición actualizada del precepto legal violado.

En este aspecto además, durante la ejecución de la verificación y por las mismas causales ya referidas, los fiscales no garantizan que, desde el mismo momento de la detección de violaciones que puedan dar al traste con la ocurrencia de un posible hecho delictivo, se despache y valore adecuadamente con los penalistas y los especialistas para que, de conjunto, se definan las cuestiones que deben perfilarse para su investigación y las pruebas que deben aportarse para su sustentación.

Aunque está implementada la Resolución 396 de 2005 del Fiscal General, se aprecian dilaciones en los procesos de depuración o tramitación de estos hechos, lo que evidencia que no se ha logrado la interrelación requerida entre las esferas de Verificaciones Fiscales y Procesos Penales.

Se narran violaciones con elementos que hacen presumir la existencia de hechos delictivos sin que sean denunciados, asumiendo términos que constituyen verbos rectores de delitos calificados en el Código Penal, cuando en la práctica, la violación detectada, nada tenía que ver con la ocurrencia de esa tipicidad delictiva.

Sucede además que se formulan las denuncias una vez concluida la verificación fiscal, sin que se realicen durante su ejecución porque el análisis no es realmente profundo, en tal sentido.

5. Ineficacia de los planes de medidas:

La propia resolución impone del término legal para presentar el plan de medidas, amparado en el artículo 21.1 de la Ley 83/97 y unido a su fuerza vinculante, condiciona en principio su presentación inexcusable, sin embargo, no existe un mecanismo de coerción que delimite el proceder y el responsable para hacerlo efectivo, en el supuesto de que estos planes no se presenten en el término fijado. De manera que al resumirse al vocablo de “obligación” por parte de las entidades, solo el actuar constante y direccionado a nivel de jefes puede garantizar su notificación efectiva.

La revisión por los fiscales verificadores de los planes de medidas que presentan las entidades no es profunda, de manera que en ella se constate si las medidas propuestas se dirigen, más que a erradicar las violaciones en sí, las causas y condiciones que las propiciaron, en un término no mayor de 60 días, procurando, en la medida de lo posible, que el sistema de control que se fomente en la entidad sea dirigido a prevenir la existencia del problema y no a enfrentar sus manifestaciones y consecuencias, que en definitiva, es lo que posibilita el restablecimiento real de la legalidad y la perdurabilidad de esta.

En ellos se define incorrectamente como responsables a las personas que en el momento de realizada la acción de control ocupaban los cargos, lo que atenta contra el cumplimiento de las medidas propuestas y en consecuencia con el restablecimiento de la legalidad, pues si esta persona resulta demovida o separada de la entidad, no se le puede exigir a la persona que se nombre en su lugar por el cumplimiento de las citadas medidas.

Estos planes omiten la implementación de contrapartida interna de las operaciones de la entidad, el seguimiento oportuno y el control sistemáticos, así como las tareas propias de los jefes para asegurar la implementación y velar por el cumplimiento, con respecto a lo cual tampoco hay pronunciamiento de los fiscales jefes, que rechazan su derecho de devolverlo para que se corrija conforme a los señalamientos.

6. Incorrecta aplicación de medidas disciplinarias:

En la misma medida que se señalaban las incongruencias en las solicitudes de medidas disciplinarias, los procesos de imposición por parte de las entidades se ven permeados de dificultades pues, aun cuando son una facultad discrecional de las mismas, deben obedecer a un razonamiento lógico y a un sustento legal inviolable que no se cumple, entre otras causales, por las siguientes:

- ✓ No se garantiza que la medida disciplinaria impuesta se corresponda con la gravedad de la violación detectada, ya sea por su trascendencia, modo de ejecución, afectación provocada o las características personales del ejecutor, ante lo cual no se impugna la decisión, como corresponden y por ello, no hacemos valer nuestro trabajo y defendemos adecuadamente la efectividad, a partir de la represión administrativa que realmente corresponda.
- ✓ No se comprueba la comunicación hecha en cuanto a las medidas disciplinarias impuestas, confiando en que estas se hicieron efectivas, cuando en la práctica no podemos afirmar que se le notificó al responsable, consta en su expediente, pero más importante aún, se materializó en la práctica la condición que establece esa medida.

Las debilidades advertidas guardan estrecha relación con el Lineamiento 12 de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, toda vez que el Fiscal, en función de la ejecución de las verificaciones fiscales, al incrementar su preparación tendrá mayores posibilidades de enfrentar los problemas que a diario se suscitan, exigir porque se adopten medidas, soluciones, propuestas inteligentes y consensadas de las vías para superarlas en interés de la economía y de cada miembro de la sociedad, así como velar porque el sistema de control interno de cada entidad esté en correspondencia con los riesgos y vulnerabilidades detectadas y que en consecuencia las normas de control que se establezcan estén dirigidas a contrarrestar las consecuencias de los mencionados riesgos, para impedir la corrupción y el delito.

Ante la exposición de las principales problemáticas que atentan contra el papel del fiscal verificador en la preparación y ejecución de las verificaciones fiscales, se evidencia que existen problemas de preparación en todas las etapas de la verificación, dígase búsqueda de información previa, conformación de los expediente, ejecución y conclusión, ya que no se aprovechan los espacios creados, ni agotan los recursos y prerrogativas con que cuentan para alcanzar mejores y mayores resultados, es por ello la necesidad de plantearnos soluciones que contribuyan a la proyección y cumplimiento de metas futuras.

Las verificaciones fiscales constituyen un mecanismo de control externo encaminado a hacer valer la función constitucional de velar por el restablecimiento de la legalidad, contando con el fundamento legal y metodológico necesario, aunque disperso.

Existen deficiencias que atentan contra la preparación y ejecución de las verificaciones fiscales y en correspondencia con ello, contra la efectividad y calidad que deben tener estos trabajos en aras de lograr el restablecimiento de la legalidad. El fiscal verificador está obligado a garantizar su preparación para poder acometer su trabajo, con lo que debe asegurar la correcta y suficiente búsqueda de información previa, adecuada planificación, calidad y profesionalidad en la ejecución, convencimiento probado de los responsables y sus jefes, adopción de medidas disciplinarias en correspondencia con la gravedad de las violaciones debidamente detectadas y de todas las que tributen a atacarlas, junto con las causas y condiciones que favorecen su ocurrencia y la revisión detallada de estos particulares al efectuar las reinspecciones.

Bibliografía.

- Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba. La Habana. 22p.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 83/97. Ley de la Fiscalía General de la República. 20p.
- Consejo de Estado. Reglamento de la Ley 83/97. Ley de la Fiscalía General de la República. 30p.
- Fiscalía General de la República. Circular 1/10. Indicaciones de trabajo en el nuevo escenario que enfrentan las verificaciones fiscales. 2p.

- Fiscalía General de la República. Instrucción metodológica 1/09, de la Dirección de Verificaciones Fiscales. 5p.
- Fiscalía General de la República. Resolución 396/05. Metodología para la formulación de denuncias en virtud de delitos detectados en Verificaciones Fiscales”. 4p.
- Fiscalía General de la República. Instrucción 5/99. Metodología para las verificaciones fiscales. 20p.
- Guevara, E. (1985B). *El Cuadro: columna vertebral de la Revolución*. En: Escritos y Discursos, T-6, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.
- Unión Nacional de Juristas de Cuba. Revista cubana de derecho No. 18. Trimestres Julio – Diciembre/01. La HAI presentar la investigación del Diplomado, presentamos la Tesina titulada “La necesidad de elevar la preparación del fiscal verificador del municipio Las Tunas en la planificación, ejecución y control de las verificaciones fiscales”, se hace necesario plasmar ideas principales arribando a las siguientes conclusiones:
 - Lineamientos de la Política Social y Económica del Partido y la Revolución.
 - Instrucción No.5/99, Metodología para la actividad de verificaciones fiscales.
 - Instrucción No. 2/00, Reunión con los trabajadores de las entidades que han sido objeto de control.
 - DrC. Iglesia Morell, Antonio y Carballal del Río, Esperanza: "A propósito del control y el cambio en las unidades organizativas".
 - Decreto Ley No. 159 del 95, De la Auditoría;
 - Decreto Ley No. 192 del 99, De la Administración Financiera del Estado;
 - Dictamen No. 419/2002 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.
 - Ley 107/09. Ley de la Contraloría General de la República de Cuba.
 - Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados el 18 de abril de 2011.
 - Objetivos de la Primera Conferencia del PCC
 - Metodología para la Ejecución de las Verificaciones Fiscales.

EL MONTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO. APROXIMACIÓN A UNA PROBLEMÁTICA ACTUAL EN CUBA

ESP. RUBÉN LAFOURCADE CALZADO.

La responsabilidad civil descansa en un milenario principio de derecho: el que causa daño a otro incurre en la obligación de repararlo; ese principio se encuentra recogido en el artículo 82 de nuestro Código Civil que dice: “El que causa ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo”.

Asimismo, el artículo 89 expresa: “Las personas naturales están obligadas a reparar los daños o perjuicios que causen o sean causados por las personas por quienes deben responder, pero el tribunal, a su prudente arbitrio, si el responsable es un trabajador o pensionado sin bienes propios conocidos para satisfacer totalmente el

importe del daño o perjuicio, puede adecuar la cuantía de la indemnización a un veinte por ciento del salario o cualquier otro ingreso periódico que perciba, sin que pueda exceder del término de diez años.

Esta limitación puede disponerse cualquiera que sea el contenido económico de la responsabilidad”. El enunciado lo recoge también el Código Penal en su artículo 70: “El responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito. El Tribunal que conoce del delito declara la responsabilidad civil y su extensión aplicando las normas correspondientes de la responsabilidad civil”... Este último extremo obliga a los tribunales a pronunciarse en sus sentencias sobre la responsabilidad civil exigida, lo cual no ocurre así en todos los sistemas penales.

Muchas víctimas se encuentran más interesadas en la reparación material o moral del daño que en la sanción al culpable. Igualmente, en algunos casos, el imputado teme más a la responsabilidad civil que a la sanción penal. Por eso, no debe ser despreciado el papel que representa la responsabilidad civil derivada del delito como forma también de contribuir a la prevención general y especial.

En cuanto a la responsabilidad civil dispuesta a favor de personas jurídicas es conocido que todavía no ha sido instrumentado el procedimiento para hacerla efectiva, lo cual representa millonarias pérdidas para el Estado.

Algunos países permiten a las víctimas o perjudicados ejercitar la acción civil conjuntamente con la penal y excepcionalmente se ejercita la acción civil separada de la penal (artículo 275 de la Ley de procedimiento Penal, casos de Lesiones); otros permiten que la acción civil sea ejercitada ante la jurisdicción de esa materia mientras transcurre el proceso penal, o mediante el trámite de incidentes después de dictada la sentencia penal y algunos sólo admiten determinadas formas de hacer efectiva la responsabilidad civil por ejemplo, la restitución (2).

Tanto las personas naturales como las jurídicas tienen derecho a la acción indemnizatoria aceptándose en algunos casos los actos “reparatorios” dentro del proceso penal. En nuestro caso tenemos por ejemplo en el delito de Malversación (artículo 336 apartado 6) pero únicamente en la modalidad de restitución, aunque la práctica judicial la ha hecho extensiva a la reparación del daño material.

Rasgos comunes son por ejemplo que el resarcimiento voluntario del daño constituye una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal aspecto que recoge nuestro Código Penal en el artículo 52 inciso ch.

La obligación civil es solidaria entre todos los responsables, por lo cual uno puede asumir voluntariamente la obligación de los demás salvo pocas excepciones, y la obligación civil derivada del delito prevalece sobre las demás obligaciones civiles que contraiga el acusado.

Si bien la reclamación del perjudicado o víctima por concepto de responsabilidad civil es voluntaria, el sancionado siempre estará obligado a satisfacer a la Caja de Resarcimiento el importe que por ese concepto le haya sido fijado en la sentencia, según se desprende del artículo 71.2.ch) del Código Penal. Las cantidades no

satisfechas ingresarán los fondos de la Caja de Resarcimientos tal como lo dispone el propio Código Penal (3).

En nuestra Ley de Procedimiento Penal no se define la figura del perjudicado pero debemos entender que se trata tanto de personas naturales como jurídicas lo cual Códigos Penales de otros países sí regulan expresamente.

Las formas de hacer efectiva la responsabilidad civil en Cuba se expresan con diferentes nombres según el Código Civil: restitución, indemnización, reparación. No regula el Código Penal cubano la responsabilidad civil de los terceros, ni el pago de las costas procesales en los procesos penales.

No obstante, ante las diferentes lagunas en la legislación sustantiva y adjetiva, existen disposiciones muy dispersas que aún no han logrado suplir la falta de claridad en muchos casos.

Las normativas actuales referentes al monto de la responsabilidad civil derivada del delito en Cuba, adolecen de imprecisiones que conspiran contra la uniformidad en la interpretación y aplicación consecuente de la ley.

Por lo tanto, existe la suficiente necesidad práctica de aunar criterios al respecto y sistematizarlos con vistas a lograr una mejor aplicación de las normas referentes a la responsabilidad civil.

Para determinar la cuantía de la restitución, reparación o indemnización por concepto de responsabilidad civil es necesario determinar la cuantía del daño material o del perjuicio. El monto del valor de los bienes, los daños o los perjuicios tiene incidencia en muchos casos para la calificación jurídica del hecho en un carácter directamente proporcional.

Jurídicamente no tienen la misma acepción el daño y el perjuicio, siendo usados dichos términos de manera conjunta o indistintamente para agravar o disminuir la sanción partiendo de una modalidad básica del tipo penal; como ejemplos tenemos en el delito de Actos en Perjuicio de la Actividad Económica o de la Contratación(artículo 140.2) donde se utilizan los término de daños y perjuicios en la modalidad agravada; en el delito de Uso Indebido de Recursos Financieros y Materiales sólo se utiliza el término perjuicio(224.3) y en el delito de Malversación se utiliza el término valor(artículo 336.2.3).

Mientras mayor sea el monto, más grave será el delito; en consecuencia, siendo menor la cuantía del daño o perjuicio, menor será la responsabilidad penal, llegando incluso a convertir un delito perseguible de oficio en un delito sólo perseguible a instancias de la parte afectada (ejemplo el delito de Daños artículo 339.4 del Código Penal).

El Código Civil, en su artículo 86 se encarga de precisar en qué consiste la indemnización pero se refiere únicamente a los casos en que el daño recae en la persona misma o al medio ambiente. En la práctica jurídica sólo se habla de indemnización en esos casos, digamos, Lesiones, Homicidios, Asesinatos, Violación por citar algunos ejemplos.

Todo lo relativo a la responsabilidad civil a la luz de los tiempos actuales ha sido objeto de diversas interpretaciones en los procesos penales.

Ello es consecuencia en primer lugar de que en nuestro procedimiento penal, la responsabilidad civil es exigida conjuntamente con la penal y se producen un gran número de hechos delictivos en los cuales el fiscal debe solicitarla y el tribunal pronunciarse en cuanto a ella.

Una omisión en este sentido no es causal de casación pero sí puede dar lugar a un auto aclaratorio cuando de los hechos probados pueda deducirse con claridad el monto de la misma y siempre que el fiscal se haya pronunciado al respecto, lo cual obliga tanto al instructor, como al fiscal e incluso al tribunal a ser muy cuidadosos sobre el tema (3).

En tal sentido, existe un sinnúmero de acuerdos, circulares e instrucciones del máximo órgano de justicia que tratan sobre la responsabilidad civil derivada del delito, sin olvidar innumerables sentencias que han hecho pronunciamientos, algunos contradictorios y que por ser casos muy específicos no sientan un precedente jurisprudencial de tal fuerza para constituir referencia obligada.

En cuanto al ejercicio conjunto de la acción penal con la civil, existen excepciones en la legislación cubana:

En caso de absolución o muerte del sancionado. En este caso podrá la víctima presentar su reclamación, esta vez frente a la jurisdicción civil. En caso de muerte del sancionado, sólo se podrá ejercitar la acción civil cuando éste muere en estado de insolvencia, según establece el artículo 60 del Código Penal.

El autor es declarado no responsable penalmente. Puede que el hecho no sea constitutivo de delito o concurra alguna otra causa que lo exima de responsabilidad penal, pero quedará subsistente la responsabilidad civil debido a la distinta naturaleza de ésta conforme al artículo 82 del Código Civil; salvo que sea de aplicación algunas de las exenciones que establece el artículo 99 del propio texto legal y conforme al artículo 95 del mismo, responderán las personas jurídicas subsidiariamente si el delito es cometido por los dirigentes, funcionarios o demás trabajadores en el indebido ejercicio de sus funciones, situación particular que nos coloca ante un tercero civil responsable no recogido en el Código Penal. Por otro lado, las personas jurídicas incurrir en responsabilidad civil respecto a los daños o perjuicios causados por sus dirigentes, funcionarios o demás trabajadores que hayan resultado absueltos en un proceso penal, siempre que hayan actuado dentro de sus atribuciones o por obediencia debida.

En casos de lesiones no curadas. Este supuesto se encuentra recogido en el artículo 275 de la Ley de Procedimiento Penal, desarrollado con más amplitud en la Instrucción 103 de 16 de febrero de 1982 y en el Acuerdo 3/87, ambas disposiciones dictadas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

La referida Instrucción establecía determinados requisitos para garantizar una declaración objetiva por parte de la víctima o sus familiares sobre esos extremos, facultando incluso al tribunal para completar con las pruebas que sean practicadas

en el juicio oral, los elementos que ineludiblemente necesiten para fijar el monto de la responsabilidad civil para no tener que devolver las actuaciones a la fase investigativa con la demora que ello ocasiona.

A esos efectos, disponía la referida Instrucción, que solamente sería devuelto el expediente al fiscal cuando en el juicio oral no se puedan practicar las pruebas que aportarían dichos elementos, y así evitar una posible nulidad en casación por la violación de garantías y formalidades del procedimiento. El mencionado Acuerdo 3/87 autorizaba a los tribunales, a darle curso a la acción penal sin ejercitarla conjuntamente con la civil, cuando las lesiones hubieran puesto en peligro inminente la vida, cuando se puedan apreciar las secuelas o que las lesiones no ocasionarán el deceso, ceguera, castración o inutilidad para la procreación, como pudiera ocurrir por ejemplo, cuando la víctima estuviera pendiente de una intervención quirúrgica muy riesgosa para su vida; cuando sea posible valorar la peligrosidad del hecho y el grado en que la intención del presunto autor coincide con el resultado (tentativa de Homicidio o de Asesinato) o cuando muere una persona durante la ocurrencia de un delito complejo (ejemplo, Homicidio, Lesiones y Daños en Ocasión de Conducir Vehículos por las Vías Públicas) en el cual la sanción a imponer está determinada por el delito más grave.

El Acuerdo 72/88 aclaró que los tribunales no debían disponer indemnización a un centro hospitalario por los gastos de curación, pero los particulares sí tienen derecho a indemnización conforme a lo establecido en el artículo 86 del Código Civil.

Basado en ese precepto se dispone mediante el Acuerdo 37/89 que se incluyen los gastos de funerales y de curación, los cuales se fijan acorde a las regulaciones y tarifas establecidas por servicios comunales, y que los gastos de lesionados serán los indispensables para alcanzar la sanidad debidamente.

Cuando el responsable de un hecho delictivo es un menor de 16 años. En ese caso no se ejercita la acción penal por estar sujeto el menor a un tratamiento de carácter administrativo, pero es posible reclamar daños y perjuicios por la vía civil contra los padres, aplicando lo establecido en el Código Civil, aspecto sobre el cual se pronunció el máximo órgano de justicia en el Acuerdo 124/85.

Haberse dictado auto de abstención al amparo del artículo 8.2 del Código Penal. El Acuerdo 64/86 aclaró a todos los tribunales que el perjudicado puede reclamar por la vía civil en este caso. Vale señalar también que para la aplicación del artículo 8 apartado 3 del Código Penal que prevé una solución administrativa para determinados delitos, se requiere como condición que el autor haya sufragado la responsabilidad civil.

Cuando haya sido sufragada antes del juicio. Esta situación la aborda el Acuerdo 10/85.

Las causas de extinción de punibilidad, ni la suspensión condicional de la pena, ni el perdón judicial, eliminan las obligaciones civiles derivadas del hecho punible.

En caso de amnistía o indulto, tampoco se elimina la responsabilidad civil, a no ser que expresamente exista pronunciamiento al respecto en la disposición que lo dispuso.

Después que las sentencias han cobrado firmeza, solamente las absolutorias dictadas en juicios de revisión extinguen la responsabilidad civil, cuando se demuestre que el hecho que dio origen a esa obligación no existió, o no es atribuible directa o indirectamente al sancionado.

Actualmente en Cuba, la población solamente puede adquirir en el país bienes de uso o consumo, con el peso cubano o el peso convertible, pues son las dos únicas monedas que se aceptan en los establecimientos comerciales o de servicios, por lo que cualquier moneda extranjera debe ser convertida para su utilización en la red minorista. La dualidad que constituye la circulación en el país de dos monedas nacionales, podría estar en vías de una solución próxima, al anunciarse recientemente por el gobierno de los Estados Unidos, que revocará la prohibición a Cuba, de las transacciones monetarias en dólares.

Los tribunales en sus sentencias penales declaran la responsabilidad civil en un elevado por ciento, tanto a favor de personas naturales como jurídicas. Como institución creada para darle cumplimiento tenemos la Caja de Resarcimientos pero ésta solamente rige para personas naturales por disponerlo así el Código Penal en su artículo 71.

La Caja de Resarcimientos tal como funciona en la actualidad, no tiene financiamiento estatal por lo que en algunos casos se ve obligada a pagar a las personas naturales por partes a medida que vaya cobrando al sancionado.

No existe aún la institución que se encargue de hacer efectiva las elevadísimas sumas por concepto de responsabilidad civil a favor de personas jurídicas afectadas.

En caso de instituirse una Caja de Resarcimientos destinada a personas jurídicas no se vislumbra la forma en que aquellas puedan resarcirse de las inmensas sumas que tendrán que abonar a las personas jurídicas, pues en muchos casos las personas naturales sancionadas no podrán pagar en su totalidad por razones económicas, el valor del bien, del daño o del perjuicio.

Por otro lado, aunque la legislación civil lo permite, no se están tramitando ante la jurisdicción civil, demandas de las personas jurídicas con derecho a indemnización acordada por sentencia firme de lo penal, en espera de que se trace una política a seguir en estos casos, creándose una situación de incertidumbre ante esta problemática. En definitiva, actualmente las personas jurídicas con derecho a indemnización declaradas por sentencia firme en procesos penales seguidos contra personas naturales, dejan de recuperar millones de pesos, y deben encaminarse acciones dirigidas a lograr que éstas recuperen aunque sea una porción, si no es posible todo.

En algunos casos, cuando el monte lo permite, las personas naturales sufragan la responsabilidad civil para lograr la cancelación del antecedente penal, lo cual se

hace directamente a las entidades, las cuales han sido autorizadas para recibir e ingresar dichas sumas al presupuesto.

El artículo 149 de la Ley de Procedimiento Penal, modificado por el Decreto 151 de 10 de junio de 1994, expresa que “cuando para la determinación de la competencia o la calificación del delito o sus circunstancias, sea necesario precisar el valor de la cosa que haya sido su objeto o el importe del perjuicio causado, o que pueda haberse causado, se estará al dicho del perjudicado, independientemente de la facultad de las partes para proponer o aportar otro medio de comprobación y del Tribunal para valorar este particular en la sentencia. Con esta modificación, la ley otorga un valor de mayor peso al dicho del perjudicado aunque sin desechar por completo el dictamen pericial mercantil y el criterio del juez.

A partir de esta modificación se originaron diferentes dudas e interpretaciones. Inicialmente algunos estimaron que el dicho del perjudicado se debía tomar en cuenta para disponer la indemnización y el dictamen pericial para determinar la calificación (4).

En los casos de daños a bienes, cuyo valor estaba dado en moneda libremente convertible, surgieron también diversas interpretaciones sobre la conversión al peso cubano. Se valoraba si el perjudicado era una persona natural o una persona jurídica y en los casos de particulares la forma de adquisición de la moneda (remesas familiares, CADECA).

Se llegó a admitir en la práctica que entre las personas jurídicas la tasa de cambio debe ser de 1x1, en esto hay casi unanimidad, pero han existido disímiles criterios cuando el acusado es una persona natural; unos estiman que en este caso debe ser de 1x1 y otros que debe aplicarse la tasa de cambio de las Cajas de Cambio (CADECA). Ocurren situaciones conflictivas en este último caso, por ejemplo, cuando el perjudicado (persona natural) adquirió hace un tiempo un bien en moneda nacional que ahora solamente se puede adquirir en peso convertible.

Los pronunciamientos del máximo órgano de justicia han sido disímiles en este aspecto. Veamos algunas:

Sentencia 4249/2002: “Se deben precisar si los valores corresponden a moneda libremente convertible o a moneda nacional, exponer cual es el total y realizar la conversión de manera comprensible”.

Sentencia 5370/97: “La Sala juzgadora acogió acertadamente como valor de los bienes sustraídos el detrimento que sufre el patrimonio del perjudicado”.

Sentencia 1701/2000: “Independientemente a que la cerda sustraída – con un peso de 180 libras – fuera tasada en 260 pesos, realmente su propietario sufrió un perjuicio de mayor cuantía, ya que para adquirir otro animal con características similares a las de aquél, lógicamente, tendría que pagarlo a un precio superior como el reflejado por la instancia, lo cual es harto conocido por toda nuestra ciudadanía.”

Sentencia 5276/2002: “La conversión de 1x1 no es para particulares”.

Sentencia 2374/2002: “El juzgador siguió la tesis de la acusación y consideró que 294 dólares con 27 centavos de igual denominación son equivalentes a doscientos noventa y cuatro pesos con 27 centavos en moneda nacional, cuando lo cierto es que la realidad actual nos dice que el valor de lo apropiado asciende a siete mil seiscientos cincuenta y seis pesos con 22 centavos en moneda nacional; ello nos llevaría a la conclusión de que estamos ante un delito de Malversación del artículo 336 apartado 1, modalidad básica, cuyo marco discurre entre tres y ocho años de privación de libertad ; el artículo 240 del Código Civil que determina exigir el pago de las obligaciones en moneda nacional no nos puede llevar a la ficción de igualar el dólar a la moneda nacional, puesto que ello desnaturalizaría la institución de la responsabilidad civil por actos ilícitos”.

Sentencia 5617/2007: “En el caso bajo examen, se trata de una entidad estatal que comercializa en ambas monedas sin previa conversión de una por otra. La Sala no consideró procedente esa conversión (CADECA) y explicó las razones. Ni tiene acceso a Casas de Cambio como persona jurídica para obtener el equivalente y cuantificar los valores totales en moneda nacional. No es lícito hacer conversión para encuadrar el delito en una figura agravada que depende del considerable valor para que se integre ni para procurar el resarcimiento de la afectación sufrida en moneda nacional.

Actualmente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular exige que en las sentencias que se dicten en estos casos, los tribunales realicen la valoración que conllevó a la aplicación de una u otra conversión (1x1 ó 1x25). Un ejemplo ilustrativo donde resulta afectada una entidad estatal es la sentencia 468 de 20 de diciembre de 2011 dictada en la Causa 227/2011, de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas por delito de Malversación. En este caso, el órgano sancionador aplicó la conversión de 1x25, la misma que realiza la entidad afectada a los efectos de aplicar responsabilidad material, según lo regulado por la Resolución 25/2008 del Banco Nacional de Cuba.

En otra entidad estatal donde los autores falsificaron nóminas para apropiarse de dinero en pesos convertibles, la sala de primera instancia aplicó la conversión de 1x25, y el recurso de casación presentado por los acusados fue declarado sin lugar (sentencia 4415 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

Nos detendremos ahora en algunos pronunciamientos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

La Circular 98 estableció, que en los delitos cuya subsunción en un tipo o subtipo legal está determinada por la cuantía del valor del bien o bienes del delito, se atenderá necesariamente a la real ascendencia de ese valor en relación con la específica situación económica existente en el país, pues la determinación de ese aspecto atendiendo al simple valor intrínseco del bien en cuestión, no lo representa con realismo, dado el cierto y efectivo perjuicio que se causa patrimonialmente; por lo que debe estarse a la determinación de la cuantía del valor por las consecuencias o perjuicios que se ocasione con el acto delictivo y no a la inversa.

Señaló que para determinar la cuantía del valor del bien objeto del delito se atenderá al que se admita como racionalmente justo según los medios de pruebas obrantes en las actuaciones, esto es, el dicho del perjudicado, la evaluación de los peritos, las declaraciones de testigos y el juicio racional que al respecto pueda hacer el actuante en el marco de la realidad social del momento.

Expresaba también que puede admitirse en la tasación pericial un valor distinto al pagado para adquirirlo, o al precio oficial asignado al momento de su adquisición, teniendo en cuenta que no siempre coincide el desembolso que tuvo la víctima para adquirir el objeto, con el valor actual del mismo. En ese sentido, reiteradas sentencias del Tribunal Supremo han sentado pauta al afirmar que se debe tener en cuenta el desembolso que tendría que sufrir la víctima para adquirir un bien similar en la actualidad.

Estos pronunciamientos, obligarían a los peritos a tener en cuenta para la tasación no solamente el precio oficial del objeto, o lo que se pagó para adquirirlo, sino también la suma de dinero que el perjudicado tiene que invertir para obtener en la actualidad otro bien con iguales o similares características.

Respecto al objeto había sido adquirido en moneda extranjera o peso cubano convertible, o simplemente el bien sustraído era ese tipo de moneda en efectivo, el Acuerdo 299 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de fecha 24 de noviembre del 2000 (Dictamen 394), reiteró que para determinar el valor de los bienes dañados o sustraídos, que hayan sido previamente adquiridos por sus titulares con moneda extranjera o peso cubano convertible, o cuando el bien objeto es la propia moneda, haciéndose necesario determinar su valor en moneda nacional para definir competencia, la calificación del delito, sus circunstancias o el perjuicio causado, se procederá conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Penal ajustándose el actuante al dicho del perjudicado, independientemente de la facultad que tienen las partes para aportar y proponer otros medios de prueba y en particular el Tribunal, para valorar estos elementos y señalar definitivamente el valor en cuestión, de acuerdo con su criterio racional, ajustado a la realidad económica del país.

Según expresa dicha disposición, el valor de cualquier bien puede ser expresado en la cantidad de dinero en moneda nacional que se necesita para su adquisición en nuestra sociedad, atendiendo a las posibles depreciaciones y otras estimaciones que puedan realizarse, con independencia del precio de compra u otros tipos de tasaciones realizadas.

Todo esto conlleva a que se tenga más en cuenta el criterio del perjudicado aunque no ciegamente, ya que éste puede intentar obtener un resarcimiento muy superior al daño o perjuicio realmente sufrido.

A tales efectos, el mencionado Acuerdo expresa que el actuante no debe someterse a la tasa de cambio establecida por el Banco Central (1x1) pues esa conversión carece de virtualidad práctica para este tipo de operaciones, como tampoco debe someterse mecánicamente al cambio de las CADECAS (1x25), pero cuando se considere que el perjudicado sólo puede resarcirse adquiriendo dólares (en estos

momentos pesos cubanos convertibles) con moneda nacional, para después comprar los bienes de que se vio privado, se puede tomar en consideración esta necesaria operación para fijar el valor de estos bienes, para lo cual no resulta procedente tener en cuenta el origen o procedencia de la moneda o bien objeto del delito para establecer su valor, pues lo trascendente es la forma en que puede ser adquirido lícitamente por la generalidad de la ciudadanía.

El Acuerdo establece que el Tribunal evaluará el dicho del perjudicado y las pruebas aportadas por las partes, tanto documentales, testificales y periciales y hará su convicción en cuanto al valor del bien dañado o sustraído expresado en moneda nacional tomando en cuenta posibles depreciaciones u otras circunstancias para su fijación tanto para la calificación de la figura como para la determinación de la responsabilidad civil proveniente del delito.

Cuando específicamente lo dañado o sustraído se trate de moneda extranjera o peso cubano convertible, el Tribunal se atenderá al precio en moneda nacional que señale el perjudicado como afectación, con independencia de practicar las pruebas propuestas por las partes para determinar la suma de dinero en moneda nacional, con la cual se puede adquirir y reponer la moneda dañada o sustraída.

Por otro lado, una circular relativamente reciente del Tribunal Supremo Popular (Circular 223/2006), ratifica la importancia del testimonio del afectado para la calidad del informe pericial, sin aplicar mecánicamente la tasa de cambio y recalca el enunciado del artículo 336 de la Ley de Procedimiento Penal que deja bien clara la plena y suprema validez del criterio racional del Tribunal.

Como se observa, en la actualidad cuando se trata de personas naturales afectadas, generalmente se aplica la tasa de cambio de CADECA, pero cuando se trata de personas jurídicas existen disímiles criterios.

La falta de una definición oportuna sobre la conversión a moneda nacional ha causado perjuicios cuantiosos a la economía nacional, y ha reportado innumerables beneficios a delincuentes aparte de que es una realidad actual muy penosa que las personas jurídicas no tienen expedita las vías para reclamar las indemnizaciones acordadas a su favor por los tribunales en sus sentencias, y mientras los tribunales obligadamente siguen disponiendo en sus sentencias penales la responsabilidad civil a favor de personas jurídicas, se acumulan estas pretensiones.

Paradójicamente cuando se trata de trabajadores que ocasionan un daño o perjuicio a la entidad durante el desempeño de sus funciones, se aplican las normas relativas a la responsabilidad material sin dificultad alguna aplicándoseles la tasa de cambio de CADECA. Ya antes de la aprobación de la mencionada Resolución 25 del Banco, algunas entidades que operaban con las dos monedas, aplicaban en estos casos un coeficiente superior al 1x1. Por citar un ejemplo, la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba S.A. (ETECSA) mediante la Resolución No. 8 de fecha 1ro. de Noviembre de 1996 firmada por su Presidente Ejecutivo, puso en vigor el Reglamento sobre la responsabilidad material de los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de la Empresa, estableciendo en su artículo 12 que cuando existan daños, pérdidas o extravíos de bienes para los que no tengan precio en moneda nacional o pérdida o

extravío de divisas o peso convertible cubano, se aplicará un coeficiente que oscile entre 5 y 20 veces sobre el precio en USD, para la formación del precio en moneda nacional.

Otras entidades que también operan en moneda libremente convertible o en ambas monedas tienen establecido también coeficientes con marcos más o menos similares.

Entonces, no puede ser posible que una entidad tenga una afectación en moneda convertible donde se aplique el coeficiente de 1x1, como ha ocurrido en procesos penales y de 1x25 para aplicar responsabilidad material, pues debe entenderse que la afectación para la entidad es la misma en uno u otro caso; entonces surge la paradoja de que el delincuente que cometía un acto doloso y antisocial recibía un trato más generoso en cuando a responsabilidad civil, que el trabajador que cometía un acto culposo que no rebasaba el marco laboral o administrativo. A los fines de la prevención general esto no era correcto.

Al fin, la Resolución 25/2008 dictada por el Ministro Presidente del Banco Nacional de Cuba en correspondencia con la Disposición Especial Cuarta del Decreto-Ley 249/2007 "De la Responsabilidad Material", estableció para todas las entidades como coeficiente a los efectos de la aplicación de la responsabilidad material el tipo de cambio de CADECA que exista el momento de producirse el hecho y sólo con la autorización expresa del Jefe del Organismo en cuestión se podrá aplicar un coeficiente menor. Estimamos que si a un trabajador que ocasiona un daño con su actuar imprudente se le aplica este coeficiente, no podía ser menor para un delincuente que roba, hurta o malversa.

Por todo lo anteriormente dicho, aún no existe una clara definición por parte del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular sobre lo concerniente al monto de la responsabilidad civil derivada del delito, por lo que se requiere aunar criterios y que sea dictada una Instrucción que trate de forma amplia y expresa este importante asunto, y defina los trámites a seguir por las personas jurídicas para reclamar las indemnizaciones acordadas a su favor mediante las sentencias penales.

Como se aprecia, la legislación cubana está urgida de precisiones en torno a la responsabilidad civil.

En la actualidad cobra mayor peso que nunca el criterio del perjudicado para estimar el monto de la afectación, con relevancia a los efectos de la calificación jurídica del hecho y el pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

Pese a los innumerables pronunciamientos en sentencias, acuerdos, circulares e instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, se hace necesario dictar una norma que sirva de referencia para todos los casos que se presenten. Esta normativa pudiera ser por ejemplo una instrucción que resuma y actualice todos los pronunciamientos hechos hasta el momento.

Notas:

(1) Esta frase aparece citada por Juan J. E. Casusus en su obra “Código de Defensa Social y Derecho Penal Complementario publicada en el año 1950 por la Editorial Molina y Compañía, página 677.

(2) Véase en la obra citada página 679 una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia donde aparece una sentencia con dicho pronunciamiento: la materia de responsabilidad civil no puede ser objeto de casación, salvo cuando la sentencia omite pronunciarse sobre este aspecto cuando ha sido planteado por las partes y debatido en el juicio oral.

(3) *Ibidem*. Es generalmente aceptado el criterio de que la reclamación civil por parte del afectado es voluntaria. Actualmente el Tribunal mediante notificación por escrito instruye al afectado que para reclamar el pago de la indemnización acordada a su favor deberá dirigirse por escrito a la Caja de Resarcimiento dentro del término de noventa días naturales y transcurrido dicho plazo sin haber reclamado, le prescribe el derecho de hacerla efectiva.

(4) El experimentado Juez del Tribunal Provincial Popular del Las Tunas Lic. Eberto Facundo Vega Ávila ya jubilado, recoge esta situación entre sus vivencias expuestas en el artículo sin publicar: “El valor de los daños o perjuicios causados por el delito”.

Bibliografía

Acuerdos, Circulares e Instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Cuba.

Código de Defensa Social. Juan J. E. Casusus. Editorial Librería José Martí, La Habana, Cuba, 1960.

Códigos Penales de Colombia, Méjico, Argentina, Guatemala y Costa Rica.

Código Civil de Cuba.

Eberto Vega Ávila “El valor de los daños o perjuicios causados por el delito” (artículo no publicado).

Ley de Procedimiento Penal. Cuba

Revista Jurídica número 3 año 2001, Ministerio de Justicia de Cuba.

EL DELITO DE COHECHO Y LAS FUNCIONES PÚBLICAS

LIC. LUIS ENRIQUE PALOMARES RAMÍREZ

El delito de cohecho es un ejemplo de cómo la corrupción incide en la correcta materialización de las funciones públicas de la Administración Pública. ¿Por qué la norma jurídica penal en Cuba, no regula la Corrupción como un delito y solo la tipifica a través de figuras delictivas como el Cohecho?

Ante esta pregunta muchos juristas afirman, que el delito de cohecho es solamente una figura de la corrupción, debido a las diferentes conductas de esta, y consideramos que es cierto, porque la corrupción es más que cohecho, es toda acción u omisión para corromper.

El cohecho también se regula y sanciona penalmente en otros países, como Venezuela y México, entre otras naciones de vasta historia y cultura jurídica.

Apreciamos, que para cualquier sociedad la corrupción constituye una lacra que a medida que se expande, se filtra en todas las capas de la sociedad y se fortalece, haciéndola suya, alimentándose de sus valores, hasta que ocupe el trono el más corrupto.

Por lo que en nuestra sociedad socialista debe ser objeto del más cuidadoso tratamiento debido al papel cimero que ocupa el hombre con sus derechos y deberes dentro de ella y la protección que el Estado a través del ordenamiento jurídico debe darle.

Analice que, el surgimiento del cohecho y de la corrupción está asociado a la división de la sociedad en clases y a las distintas formas de propiedad; donde este fenómeno ha transitado a través de las diferentes formaciones económicas sociales y en todas ha dejado su impronta.

La palabra cohecho proviene del latín coactare que significa obligar, compeler, forzar.

Según varios diccionarios, cohecho: es la acción y efecto de cohechar o dejarse cohechar, es decir, proviene o se deriva del verbo cohechar, que significa sobornar a un juez o funcionario público.

Cohecho significa, soborno, seducción o corrupción de un funcionario público, empleado público, perito y auditor para que haga lo que se le pide, aunque sea contra la justicia, es uno de los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos, empleados públicos, peritos y auditores, en el ejercicio de sus cargos y no solo lo cometen estos que aceptan o exigen la dádiva o presente o la promesa, sino también los particulares que con tales promesas, regalos, dádiva, corrompen a los funcionarios públicos, empleados públicos, peritos y auditores.

Mommsen y Ferrini nos dicen que el primer hecho de esta clase que nos dan cuenta los anales, tuvo lugar con las quejas formuladas en el año 583 ante el Senado Romano, contra una porción de presidentes de provincias que habían cometido extorsiones y exacciones en las dos provincias hispanas. Según estos autores el delito de cohecho se deriva históricamente del "Crimen Repetundae" que tuvo su origen en la acción acordada para obtener la repetición de lo que ilegalmente se hubiera hecho pagar, o sencillamente de lo percibido, por ciertas categorías de

funcionarios romanos, que debían desempeñar sus funciones ad honorem. Así estos funcionarios tenían que entregar todo lo que hubieran logrado por vía extorsiva.

A lo largo de los años y en las diversas legislaciones penales, el cohecho ha sido visto como delitos de funcionarios públicos y la venalidad de estos ha sido sancionada de diferentes formas atendiendo a diferentes criterios, como los de la realización o no, por el funcionario del acto relativo a su cargo, por el cual se le corrompió o se le intentó corromper; la naturaleza del acto, la iniciativa propiciadora de la corrupción, etc.

El delito de cohecho se encuentra regulado en los códigos penales de países como: Alemania, Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, España, Francia, Honduras, México, Nicaragua, Portugal y Venezuela.

Ejemplo, el Código Penal de Venezuela con su reforma del 2004 en su TITULO III, De los delitos contra la cosa pública, CAPITULO II, habla “de la concusión” en su artículo 196, y expresa que, todo funcionario que abusando de sus funciones, constriña a alguna persona a que de o prometa a el mismo o a un tercero alguna suma de dinero u otra ganancia o dádiva indebida, será castigado, especificando que si la suma o cosa indebidamente dada o prometida es de poco valor, la sanción será menos severa. (Por lo que el valor económico del soborno es un elemento a tener en cuenta por ellos respecto a este delito). Y a continuación dice su artículo 197, todo funcionario que abusando de sus funciones, induzca a alguna persona a que cometa alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, también será castigado.

Así como en su Capítulo III “de la corrupción de funcionarios”, lo define cuando expresa en el artículo 198 todo funcionario que, por propia o ajena cuenta, reciba por algún acto de sus funciones, en dinero o en otra cosa, alguna retribución que no se le deba o cuya promesa acepte, el artículo 199, todo funcionario público que por retardar u omitir algún acto de sus funciones o por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas imponen, reciba, o se haga prometer, dinero u otra utilidad, bien por sí, bien por medio de otra persona, y el artículo 200, cualquiera que, (similar a lo que plantea el artículo 152.4 del Código Penal cubano), sin conseguir su objeto, se empeñe en persuadir o inducir a algún funcionario público a que cometa alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes será castigado. Pero en su artículo 202, se rebaja la sanción si lo comete a favor de su cónyuge o de algún ascendiente, descendiente o hermano, (lo que puede considerarse como una atenuante en el Código Penal cubano) y en su artículo 203, al igual que en Cuba, prevé que el dinero u objeto dados serán confiscados.

También el Código Penal Federal de México reformado en el 2004 en su TITULO DECIMO, Delitos Cometidos por Servidores Públicos, CAPITULO VI, “Concusión”, en su Artículo 218, expresa, el servidor público que con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija, por sí o por medio de otro, (ese otro es el que nuestro Código Penal reconoce en su artículo 152.4), dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en

mayor cantidad que la señalada por la Ley, (donde como al igual que en Venezuela el valor económico del soborno puede o no aumentar el marco de la sanción penal).

Su CAPITULO X, "Cohecho", Artículo 222.I y II, expresa, el servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones. O el que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones, (Y aquí una vez más el valor económico del soborno puede o no aumentar el marco de la sanción penal). Además también establece la confiscación para estos casos.

Como se aprecia los países de Venezuela y México definen con conceptos similares los elementos básicos del cohecho, (donde tienen en cuenta para solicitar una sanción penal el valor económico del soborno y la confiscación de los objetos que sirvieron para realizar el mismo), e igualmente regulan "la concusión", que relaciona rasgos del cohecho. Por lo que sin ser copia fiel el concepto de cohecho en ninguno de los Códigos Penales analizados en este trabajo, no hay dudas de que esta figura de la corrupción es combatida en la mayoría de los países.

Goizueta , afirma que el mismo ataca el sentimiento moral y corrompe los pueblos convirtiendo la sociedad, al extenderse, en un conjunto de vendedores de moralidad elástica y acomodaticia.

Tejera considera que el cohecho es un delito que tiende especialmente a incitar al medio social honrado a la comisión del crimen; es un delito de resultados positivos y concretos, que se traducen en convertir en delincuentes a los que nunca lo hubieran sido sin la necesidad que produce el deseo de justicia cuando el funcionario es venal; porque cuando los empleados o funcionarios de una oficina pública no trabajan, ni cumplen con sus deberes, si el público les soborna, ese público que necesita el servicio que demanda, para obtenerlo tiene que entregar dinero al funcionario o empleado corrompido y se convierte en esa manera, en delincuente como otro y si esta manera de delinquir se va extendiendo por imitación y todas las oficinas públicas están llenas de hombres de esta clase, el pueblo entero tendrá que entregarle el soborno para poder vivir su vida social y la delincuencia se hará general entre todos los habitantes de un país.

Para Oriol Mederos Sasturain , el cohecho es aquella figura de delito que se comete por funcionarios públicos que exigen o reciben dádivas, presentes, regalos o beneficios para realizar u omitir actos relativos a sus funciones. También cometen cohecho los que ofrecen, entregan o prometen a funcionarios públicos para que realicen actos en su provecho.

Casasús, sigue esta línea diciendo que la acción del cohechador o del funcionario puede no ser secundada y el delito tiene vida, los fines de ambos delincuentes son

distintos; en tanto el cohechador, con la dádiva, aspira a obtener un beneficio indebido; el cohechado, que la dádiva recibe, aspira a un lucro con la venta de su dignidad, faltando al cumplimiento de su deber. El uno compra la conciencia del funcionario para que, a través de prevaricación, le sirva; el otro vende su dignidad en la almohada de la deshonra para alcanzar unas pesetas a costa de su prestigio manchado, además, y del prestigio de la instalación pública en la que presta sus servicios y esto es sin dudas de superlativa gravedad.

Grillo Longoria refiere, que el cohecho se ha definido describiendo sus dos formas tradicionales de comisión: el llamado cohecho pasivo, es decir el cometido por el funcionario que se deja corromper, y el activo, o sea, el perpetrado por el particular que induce a la corrupción.

La concusión es la otra infracción que puede cometer el funcionario en el ejercicio honesto de sus funciones.

Concusión, que para Carrara, deriva del latín *concutere* y consiste en exigir, valiéndose del temor que se desprende de la fuerza pública, el poder representado por la autoridad. Los penalistas partidarios de distinguir entre ella y el cohecho concluyen que en la primera no hay verdadero pacto o concierto de voluntades, porque el particular no ha querido libremente perder el valor con que se ha enriquecido o quiere hacerlo el funcionario. Por lo que a manera de conclusión se puede afirmar que en la misma hay un solo sujeto activo del delito: el funcionario; y en cuanto al particular, este es una víctima del delito y no un coautor, y la conducta infractora tiene todas las características de una extorsión. En el segundo, distingue Carrara, el particular consciente y libremente ha consentido el perder el valor con que se ha enriquecido o quería enriquecerse el funcionario. Este autor identifica el término cohecho con el de corrupción, definiéndola como la venta concluida entre un particular y un oficial público, de un acto perteneciente al ministerio de este último, que por regla debería ser gratuito.

Hay autores como Vega Vega que consideran el delito de cohecho como un delito bilateral basándose en que el mismo exige del convenio o cooperación entre dos personas; la que hace el ofrecimiento y la que recibe la dádiva, el funcionario público, empleado público, perito y auditor no podrán recibir ninguna dádiva, ni beneficio si no hay persona que se lo ofrezca, como tampoco podrán los mismo exigir dádiva o beneficio si no hay quien las proporcione; cuestión que es real, pero no considero que esta es la razón para considerar un delito de acción bilateral.

El primer cuerpo legal que reguló el cohecho en Cuba fue el Código Penal español de 1822, del cual conocemos a través del Código Penal de 1850, donde enuncia los precedentes del mismo. El Capítulo II, del Código de 1822, lleva como rubrica "De los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público". El Código de 1848, contiene un capítulo con el nombre de "Cohecho" en el que se incluye el artículo 305. El Código de 1850, en su artículo 314 reproduce el artículo 305 del Código de 1848. Le sucedió el de 1870, que contenía la figura delictiva de referencia en el Título Séptimo "De los delitos de los Empleados Públicos en el ejercicio de sus cargos", Capítulo Noveno "Cohecho", artículos del 392 al 400.

Así el Código de 1928, en el artículo 472 también reguló este delito, y el Código de Defensa Social (Decreto-Ley 802, de 4 de Abril de 1936), vigente en Cuba a partir de 1938, en el Título VI “Delitos contra la Administración de Justicia”, Capítulo VI “Cohecho”, en los artículos del 304 al 314 regula este delito.

En cuanto a la colocación de esta figura entre los delitos que lesionan o ponen en peligro la Administración de Justicia, considera de forma acertada Vega Vega, que es incorrecta ya que los recepcionarios de la dádiva pueden ser todos los funcionarios públicos aunque no tengan funciones judiciales. Agrega además, que el cohecho generalmente es un delito de dos participantes: el sobornante y el sobornado, y dos formas: la activa y la pasiva. Técnicamente cabe mantener, sin embargo, que ambas formas constituyen delitos distintos, y que es injusto equipararlos ya que con frecuencia el sobornante es víctima del funcionario sobornado. Además se ha dicho que en el cohecho pasivo (el del funcionario), el bien jurídico lesionado es la Administración Pública, mientras que en la conducta del sobornante no puede considerarse sino el daño que en definitiva se causa a otra persona o al servicio público. En el C.D.S prevaleció la tesis de considerar ambas conductas como un solo delito.

Después del triunfo de la revolución, por la necesidad de un cuerpo legal que se ajustara a nuestras aspiraciones y realidad político-social, aparece la Ley 21 de Febrero de 1979, vigente a partir de octubre del propio año, la cual en el Título II “Delitos contra la Administración y la Jurisdicción”, Capítulo IV “Cohecho”, artículos 169 al 171.

Grillo plantea, que teniendo en cuenta que la objetividad jurídica de esta clase de infracciones es la protección del funcionamiento normal y correcto de la Administración y la Jurisdicción, el cual es lesionado o puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos corruptores, la medida de la sanción no se hace depender a diferencia del C.D.S., de la naturaleza de dichos actos, aunque la amplitud de los marcos penales establecidos permite a los tribunales evaluar todas las circunstancias concurrentes en el hecho, entre ellas la referida naturaleza del acto corruptor. Por esta misma razón se hace caso omiso en nuestra ley sustantiva al precepto español que establecía una pena más severa si el acto injusto llegara a ejecutarse, lo que en realidad no tiene razón de ser, ya que el daño o peligro a estas instituciones es independiente de la realización o no del acto.

En el artículo 169-1 se sancionaba al funcionario que recibiera directamente o por medio de otra persona, dádiva o cualquier otro beneficio, lo solicitara o exigiera, o aceptara promesa u ofrecimiento para ejecutar u omitir un acto relativo a sus funciones.

El delito que incurriera en los hechos descritos anteriormente era sancionado en virtud del apartado 2 del propio precepto.

El elemento material del delito tenía como verbos rectores: aceptar, recibir, solicitar y exigir.

El 170 se refería al particular que favoreciera con dádiva, presente o cualquier otra ventaja u ofreciera o prometiera algo a un funcionario público; para que realizara o

retardara u omitiera un acto relativo a sus funciones. Es novedosa la inclusión por parte de este cuerpo legal, la acción del funcionario tendente a retardar un acto relativo a sus funciones.

En este artículo se observa el elemento moral del delito, que es el ánimo de corromper al funcionario.

Por su parte el 171, se dirigía al funcionario o empleado que abusando del cargo o encomienda del Gobierno obtuviera beneficios o ventajas personales de cualquier clase. Este precepto constituye lo que muchos tratadistas han llamado cohecho impropio, viendo en él un delito de menor entidad, con lo que Grillo Longoria refiere no estar de acuerdo, pues considera que produce resultados de daño para el pueblo, superiores a los derivados de otro tipo de cohecho.

En todos los casos, afirma el propio autor, se requiere que exista el contenido económico en la ventaja o beneficio, dados o prometidos; siendo indiferente que el acto, la tardanza u omisión para cuya ejecución se dio esa dádiva o ventaja o se prometió darla, llegue o no a realizarse.

El funcionario público, a su criterio puede llegar a ser sujeto activo del delito ya que puede darse el caso de que este soborne a otro funcionario, o trate de hacerlo. Otro ejemplo de este caso, según su referencia, es el artículo 171.

La Ley 21 fue derogada por el número 62 del 87, vigente a partir de diciembre del propio año.

Con la Ley 62, se hicieron varias reformas a la política penal cubana, entre las que encontramos: la agravación de la sanción en los delitos referidos a la corrupción administrativa, entre ellos, claro está, el cohecho.

El Legislador cubano, (en la Ley No. 62 de 1987: Código Penal, Título II, "Delitos contra la Administración y la Jurisdicción", Capítulo IV, Sección Primera, artículo **152** con varios apartados), lo define cuando expresa en el 152.1 El funcionario público que reciba, directamente o por persona intermedia, para sí o para otro, dádiva, presente o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de ejecutar u omitir un acto relativo a sus funciones.

2. Si el hecho consiste en aceptar el ofrecimiento o promesa de dádiva, presente u otra ventaja o beneficio.
3. Si el funcionario a que se refiere el apartado 1 exige o solicita la dádiva, presente, ventaja o beneficio.
4. El que dé dádiva o presente o favorezca con cualquier otra ventaja o beneficio, o le haga ofrecimiento o promesa a un funcionario para que realice, retarde u omita realizar un acto relativo a su cargo.
5. El que, con el carácter de perito o auditor, realice los hechos descritos en los apartados anteriores.
6. Si los hechos descritos en los apartados 1, 2 y 3 se realizan por un empleado público.

7. El funcionario o empleado público que, con abuso de su cargo o de las atribuciones o actividades que le hayan sido asignadas o de la encomienda que se le haya confiado, obtenga beneficio o ventaja personal de cualquier clase.

El bien jurídico protegido por los delitos reunidos bajo este rubro es el funcionamiento normal y correcto de la administración o de la jurisdicción, el cual es lesionado o puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos corruptores. Se tutela la rectitud e imparcialidad en la toma de decisiones públicas por los sujetos facultados legalmente, que sólo deben estar guiados por los fines que amparan el desempeño de tan importantes funciones para el desenvolvimiento de la vida en sociedad.

El delito se ha definido describiendo sus dos formas tradicionales de comisión estas son:

1.- El llamado cohecho pasivo, cometido por funcionario, empleado público, perito o auditor que exige, solicita, recibe o acepta el ofrecimiento de dádiva, presente, beneficio, o cualquier otra ventaja, a cambio de la realización de un acto relativo a sus funciones. Son modalidades de cohecho pasivo las descritas en los apartados 1, 2, y 3 del artículo 152 del Código Penal.

2.- El cohecho activo, que es el cometido por el particular o por un sujeto que ostenta un cargo o empleo público pero obra a título particular, y que induce a la corrupción. Este es el caso del apartado 4 del artículo 152 del Código Penal.

3.- Además de las tradicionales formas expresadas, el legislador del Código Penal de 1979 creó una figura sui generis, que se aparta de las anteriores, y de los antecedentes legislativos de este delito en nuestro país; así como de la doctrina existente sobre el mismo.

Otra clasificación empleada en el sentido de este delito, lo es la del cohecho propio, que tiene por objeto la obtención de un acto relativo al cargo, pero contrario al ordenamiento jurídico; y la del cohecho impropio, referida a la obtención de un acto conforme al ordenamiento jurídico.

Los sujetos especiales que concurren en este delito son el funcionario público en su figura básica y el empleado público, el perito y el auditor en sus figuras derivadas, por tal razón cada vez que nos refiramos al sujeto especial, los estamos abarcando a todos ellos.

Es un delito de autor propio (salvo el apartado 4), que tiene como requisito ser funcionario o empleado público, perito o auditor, el recibo de la dádiva, ventaja o promesa y que la misma este dirigida a afectar la esfera de las funciones que estos desempeñan en el seno de la Administración.

Es un típico delito de peligro, porque la consumación se alcanza con recibir la dádiva o aceptar su ofrecimiento o exigirla, aunque no llegue a conseguirse; sin que sea necesario la ejecución u omisión del acto relativo a las funciones de estos agentes públicos, para el cual se hizo la promesa o se dio la dádiva. La actuación corruptora del sujeto activo está determinada, a su modo de ver, por el ánimo de lucro material (excepto el apartado 4), pero no es necesario probar esta intención, manifiesta en la propia conducta. No obstante el delito requiere de una conducta voluntaria y consciente que excluya la posibilidad de cometer hechos por imprudencia o negligencia.

El subtipo descrito en el apartado 3 es el conocido como concusión, aquí no existe concierto de voluntades y el particular resulta víctima de la coerción del funcionario o empleado. El cual si no accede a la exigencia o solicitud no comete delito, pero de acceder pudiera estar amparado en la eximente del estado de necesidad.

Cuando el particular interviene lacera el buen desempeño de la administración pública, y cuando actúa el funcionario se afecta el ejercicio de las funciones públicas y la administración de la justicia, pone en juego el interés público y lo convierte en interés privado. Por consiguiente es un delito plurofensivo, toda vez que ataca varios bienes jurídicos, la buena administración pública, la buena administración de la justicia y el ejercicio de las funciones públicas.

Por lo que en el delito de Cohecho pueden ser comisores del mismo, el funcionario público, empleado público, perito, auditor, el intermediario y el particular que haga el ofrecimiento o dé la dádiva.

El solo hecho que el funcionario público, empleado público, perito y auditor, exijan la dádiva, ventaja o beneficio, lo hacen responsable en concepto de autor, aun y cuando la otra parte no acceda a tal exigencia, asimismo el particular que le ofrezca al funcionario público, empleado público, perito y auditor, dádiva, ventaja o algún beneficio, es responsable penalmente en concepto de autor aun y cuando éstos no hayan aceptado tal oferta, por lo que cada figura es independiente y se consumen sin necesidad que la otra llegue a ejecutarse; razón esta por la que considero que el delito de cohecho no es un delito bilateral.

El delito tiene su momento consumativo tan pronto tienen lugar la solicitud, aceptación o la recepción de la dádiva, beneficio o ventaja, por lo que se excluye la existencia de actos preparatorios y tentativa.

Se consuma individualmente por el funcionario público, empleado público, perito, auditor o el particular, por el mero hecho de solicitar, aceptar, aunque el destinatario no acceda a su demanda. Como tampoco se hace necesario recibir la dádiva, ni el presente, ni ejecutar el acto que da origen al soborno.

Atendiendo a la acción que ha de ejecutarse se define como un delito instantáneo o de carácter continuado, nunca será un delito permanente.

Como elemento subjetivo del delito reclama un acuerdo sobre un hecho determinado, expreso, o tácito, entre el oferente y el funcionario, que identifica la finalidad de ambos de hacer o dejar de hacer algo, acto u omisión de futuro.

Requiere la actuación consciente y voluntaria del sujeto por lo que es un delito intencional, de dolo específico, que busca un fin determinado.

Los actos del funcionario en relación a la actividad específica que realiza, es relativo a todo lo que está en el ámbito de sus funciones.

En el ilícito penal intervienen tanto los sujetos especiales, como los particulares y en atención a esta intervención pueden ser propios e impropios. El cohecho propio es aquel relacionado con la actuación del funcionario público, empleado público, perito y auditor y el cohecho impropio es el concerniente con la actuación del particular.

El Diccionario Ilustrado de la lengua Española Aristos define la corrupción etimológicamente como “la acción de corromper”; y corromper como alterar, dañar, echar a perder, podrir, pervertir, viciar, seducir, sobornar.

El Programa de las Naciones Unidas categoriza a la corrupción como la contracara del desarrollo, fenómeno que se agudiza en los países en vías de desarrollo generando el llamado SÍNDROME DE IMPRODUCTIVIDAD, refiriendo además que la corrupción es un mal engendrado por la vileza que desarrolla el dinero en la mente de los hombres, por la división de la sociedad en clases antagónicas, donde cada cual trata de utilizar todos los medios incluyendo los ilegales para subsistir y , los más favorecidos y poderosos utilizan a la ley y a su aparato para escudarse de la justicia y ascender cada vez más utilizando el delito como vía para obtener más dinero y poder.

En la actualidad la definición de corrupción más utilizada por los científicos sociales, es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard Josephs Nay; de acuerdo con su explicación, la corrupción “es una conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que violan normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales”.

Esta definición incluye conductas tales como el Cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), Nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y Malversación de Fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos).

En Cuba, existen otras figuras de la corrupción como son los delitos de Uso Indebido de Recursos Financieros y Materiales; y el delito de Malversación previstos y sancionados en los artículos 224 y 336 del Código Penal vigente. (Ver Anexo I)

La Fiscalía General de la República en marzo de 1998 la enmarca como: “Hechos que impliquen actos arbitrarios, injustos, contrarios a la ley, dilatorios u omisos, que generen lucro o beneficio para el funcionario o empleado que realiza la conducta o para un tercero y ocasiona un perjuicio a otro o afecta la imagen de limpieza y honestidad de la gestión administrativa o la actuación de las autoridades judiciales o de otro tipo de sus agentes y funcionarios o empleados del estado o cualquier otra entidad. Los actos de corrupción también pueden estar relacionados, en la esfera administrativa, con el uso indebido de recursos del estado o de entidades económicas, comerciales u otras que no tengan precisamente fines lucrativos, la apropiación de tales bienes o de los bienes de personas, omisiones o retardo en la administración, gestión o asesorías y realización de contratos con violación de lo establecido por funcionarios o empleados”.

Nuestro Consejo de Ministros en el Acuerdo 4374 de 11 de abril de 2002 que establece el Reglamento del Decreto Ley del Ministerio de Auditoría y Control define el concepto de corrupción administrativa como: “La actuación contraria a las normas legales y a la ética de los cuadros del Estado y el Gobierno, del dirigente o

funcionario, en el ejercicio de su cargo o función, caracterizada por una pérdida de valores morales incompatible con los principios de la sociedad cubana, que se comete al dar uso para intereses personales a las facultades y bienes materiales que deben ser para la satisfacción del interés público o social; dirigida a obtener beneficios materiales o ventajas de cualquier clase para sí o para terceros, que se fundamenta en el engaño, el soborno, la deslealtad y el desorden administrativo”, tal como se regula en el Decreto Ley No. 219 del Ministerio de Auditoría y Control.

El fenómeno de la corrupción, como todo fenómeno posee sus principales particularidades que lo caracterizan, constituyendo cuatro elementos que lo distinguen. Está determinada por algunas características, las cuales señalaremos a continuación:

1. Es toda acción corrupta que consiste en la transgresión de una norma.
2. Se realiza para la obtención de un beneficio privado.
3. Surge dentro del ejercicio de una función asignada.
4. El individuo corrupto intenta siempre encubrir activamente su comportamiento.

Estas características relacionan la conducta del agente corrupto al secreto, la apariencia de ilegalidad y la alteración de las funciones públicas para conseguir una ventaja privada.

Un aspecto importante a considerar, al caracterizar la corrupción en su rasgo elusivo que se refiere a la naturaleza secreta que adquieren los actos corruptos, siendo este un fenómeno de encubrimiento activo ya que se realiza de un modo intencionado. Este carácter elusivo hace difícil su definición dada su naturaleza secreta e intento de ser invisible a cualquier espectador. Esto explica la existencia de la gran variedad de perspectivas que intentan aclarar su significado, y también las dificultades a la hora de cuantificar el fenómeno.

La esencia más lesiva de la corrupción radica en que importantes decisiones son determinadas por móviles ajenos al beneficio colectivo sin importar las consecuencias que acarrearán para la sociedad.

Cuba, no escapa de esta amenaza mundial, que se presenta en los últimos tiempos con una mayor incidencia, engendrando pérdidas de valores éticos y morales. Ante estos casos, nuestro Estado consciente de su responsabilidad en el enfrentamiento a estas conductas, ha adoptado medidas encaminadas a combatir las causas que las propician, así como un accionar más enérgico contra los responsables de los hechos detectados. No obstante el camino que en este sentido hay que recorrer es escabroso, deficiencias hay disímiles.

La corrupción es la antítesis de nuestro proyecto político y social, y en la actualidad constituye nuestro peor enemigo; el compañero Fidel, en su discurso en el Aula Magna de la Universidad de la Habana, el 17 de noviembre del 2005, refirió que este fenómeno podía poner en riesgo a la propia existencia de la Revolución Cubana, y es que aunque parezca exagerado, una generalización de la corrupción a todos los niveles, fundamentalmente en las altas esferas de dirección, puede hacer muy

vulnerable a nuestro país, de ahí la importancia de un enfrentamiento cada vez más eficaz y persistente.

Este fenómeno, en nuestro sistema social, no puede perderse de vista ni por un momento y “es una tarea de toda la sociedad”, no puede descansar solamente en los hombros de la policía, de la fiscalía y de los tribunales, ya que está ligado inseparablemente al desarrollo social y económico del país, a la solución de múltiples problemas materiales que aún subsisten, a nuestra propia capacidad para enriquecer la vida espiritual de la sociedad, fomentar la cultura, perfeccionar la educación y llenar con un contenido superior el tiempo libre de la población.

La delincuencia de “cuello blanco” en el ejercicio de sus funciones, es el eslabón fundamental en la ejecución de actos de Cohecho y de Corrupción. Y como su enfrentamiento resulta complejo por las propias características de los hechos y los sujetos que los cometen, deberían enfrentarla grupos de trabajo especializados en la materia.

El enfrentamiento al Cohecho y a la Corrupción por sus propias características asumen como vía fundamental y más factible la prevención del fenómeno, a partir de la implementación de un control eficiente, la formación de valores morales y la eliminación de aquellas situaciones que favorecen la ocurrencia de hechos asociados al fenómeno.

Definir en nuestro Código Penal el delito de Corrupción, y darle su procedimiento en nuestra Ley de Procedimiento Penal. Debido a que hay Ministerios en Cuba que lo han definido en sus respectivas normas.

LA OBRA MÁS HUMANA Y JUSTA: EDUCACIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

LIC. YEXY RODRÍGUEZ DÍAZ

LIC. NIURKA GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

En el mundo son millones de personas que están reclusas en prisiones y otros establecimientos correccionales. La mayoría de ellas carecen de formación profesional superior u otros estudios avanzados.

La educación dentro de los Establecimientos penitenciarios es uno de los escenarios más complejos y quizás menos estudiado del campo de la enseñanza en nuestro país. La particularidad de su alumnado y el difícil contexto de funcionamiento definen una situación surcada por múltiples variables.

La escuela en contextos de encierro funciona a modo de una institución dentro de otra en la que se busca conjugar el castigo y disciplinamiento, o sea, el cumplimiento de los fines de la pena, y el desarrollo integral del interno.

En nuestro país la educación es considerada una necesidad básica y un derecho inalienable del ser humano, de ahí que las ofertas educativas destinadas a las personas privadas de libertad sean múltiples, abarcan desde la instrucción primaria hasta la universitaria, incluyendo cursos de capacitación y oficios.

La educación penal, teniendo en cuenta las nuevas concepciones de la política penitenciaria, juega un papel de vital importancia de ahí que el compañero Fidel expresara:... “Queremos educar al hombre y queremos, además rehabilitarlo, muy correcto(...) Mucho antes hay que perfeccionar la educación; mucho antes hay que sembrar conciencia en la familia, mucho más conciencia, y mucho antes hay que formar los hombres e inculcarles determinados valores que no pueden ser desarraigados fácilmente”...²⁹⁷

Siguiendo la máxima del líder indiscutible de la Revolución:

“De los Programas de la Revolución el que más me apasiona es convertir los Establecimientos Penitenciarios en Escuelas por ser el más humano, justo y socialista” mediante el presente trabajo pretendemos mostrar los programas implementados a raíz de la batalla de ideas en las prisiones a fin de lograr este noble propósito, sus retos y perspectivas, teniendo como objetivo el siguiente:

Valorar la efectividad de los programas educativos implementados en los Establecimientos Penitenciarios a fin de elevar la cultura y formación de los internos en aras de prepararlos para su reinserción a la sociedad.

²⁹⁷ Castro Ruz, Fidel. Discurso pronunciado en ocasión de celebrarse el 10^{mo} Aniversario del Ministerio del Interior. 1971

En el sentido estrecho, el concepto "educación" se caracteriza por el trabajo organizado de los educadores, encaminado a la formación objetiva de cualidades de la personalidad, convicciones, actitudes, rasgos morales y del carácter, ideales y gustos estéticos, así como modos de conducta.

Educación, en el sentido amplio de la palabra es el conjunto de influencias que ejerce toda la sociedad en el individuo, lo que implica que el hombre se eduque durante toda la vida, a la vez que garantiza la transmisión de experiencias de una generación a otra. Es, como expresara nuestro Héroe Nacional y genial educador, José Martí: "depositar en cada hombre toda la obra humana que le ha antecedido; es hacer a cada hombre resumen del mundo viviente, hasta el día en que vive: es ponerlo a nivel de su tiempo, para que flote sobre el, y no dejarlo debajo de su tiempo, con lo que no podría salir a flote; es preparar al hombre para la vida".

Educación: es la acción y efecto de educar. Crianza, enseñanza y doctrina que se da a niños y jóvenes.

Educar: dirigir y desarrollar facultades morales e intelectuales.

Educación desde el punto de vista penitenciario es aquel trabajo dirigido a lograr un reforzamiento de los valores y cualidades positivas de los internos y a transmitir principios y reglas de conductas que favorezcan su reincorporación a la sociedad.

Los establecimientos penitenciarios de nuestro país forman parte de todo el sistema educacional, por tanto, deben lograr que la educación que se les imparte a los internos contribuya a la modificación de la conducta de forma positiva y a su vez se erija la personalidad acorde a los principios de nuestra sociedad.

Una vez analizado lo anterior, podemos referirnos a los principios en los que se sustenta actualmente la actividad educativa, sin lo cuales, unido a otros elementos, sería imposible emprender un adecuado tratamiento en el ámbito penitenciario:

- Interacción de la educación de los internos con la realidad: La vida de la sociedad socialista se encuentra en constante movimiento, desarrollo, lo cual se refleja en el surgimiento de nuevas demandas a la educación, organización del trabajo y modo de vida del pueblo en general y también de los penados. Por esto la realización de este principio supone la constante renovación del contenido, organización y métodos del trabajo reeducativo con los sancionados.
- Observancia de la legalidad socialista en la actividad pedagógica: El proceso de corrección y reeducación internos esta dirigida a la formación en los mismos de una conciencia jurídica, esto se logra cuando aplicamos en la práctica las normas jurídicas establecidas y la rigurosa observancia de la legalidad socialista contra todo tipo de violación.
- Educación de los internos mediante el trabajo socialmente útil y la actividad práctica: El trabajo socialmente útil constituye uno de los principales medios

de corrección y reeducación, toda vez que contribuye al desarrollo de las cualidades físicas e intelectuales del individuo facilitando la transformación de su conducta. Mediante el proceso laboral se adquiere disciplina, hábitos de trabajos, sentimientos de colectivismo y ofrece la posibilidad de convertirlos en participantes directo del proceso social creador.

- Educación de los privados de libertad en el colectivo y mediante el colectivo: Bajo la influencia del colectivo, los sancionados modifican su concepción del mundo, adquieren experiencia de la conducta moral sin la cual es imposible formar características fundamentales de la personalidad como la ayuda mutua, amistad, la subordinación de intereses particulares a los sociales.
- Enfoque individual diferenciado en el tratamiento educativo: El enfoque diferenciado e individual es uno de los fundamentales principios Pedagógico, que alcanza todo el trabajo del sistema penitenciario.

Para garantizar el proceso pedagógico en el establecimiento penitenciario, los funcionarios deben tener en cuenta las características personales, la edad, sexo y las diferencias individuales de los internos.

A su vez cada hombre es diferente individualmente, tiene características propias, carácter, temperamento, voluntad, sentimientos propios sólo de él. La educación exitosa es posible únicamente, si se tiene en cuenta su experiencia laboral y de la vida, cultura, educación, intereses, desarrollo físico, etc. Comprender las particularidades individuales del interno y sobre su base seleccionar los métodos correctos de influencias es una de las condiciones del éxito.

- Apoyo del proceso educativo con el sancionado en las cualidades positivas: Al corregir y reeducar a los reclusos es necesario acercarse a ellos con un enfoque dialéctico, con la firmeza y convicción de que en cada uno de ellos existen rasgos y cualidades positivas. Por consiguiente una de las tareas mas importante del jefe del destacamento es destacar, proyectar, formar y reformar lo positivo. El apoyo en lo positivo, origina en el recluso la confianza en sí mismo, en la idea de modificar los defectos, sobre las perspectivas para un futuro mejor.
- Combinación de la exigencia hacia los sancionados juntos con la relación humana hacia estos: ello se manifiesta entre otros aspectos, en la preocupación por la observancia de los derechos del recluso y la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales.
- Integralidad del proceso pedagógico (tratamiento educativo): El desarrollo de la personalidad es un proceso completo de formación de su espíritu conciencia y conducta, sus gustos morales y estéticos, sus juicios políticos y actitud ante el trabajo, etc. El reflejo de esta ley psicológica es el principio de integridad del proceso pedagógico y unidad de las influencias pedagógicas en el establecimiento penitenciario, el cual no puede reducirse a la suma de diferentes actividades.

- Enfoque sistémico del proceso educativo: Los principios como un todo, conforman un sistema y dentro de este sistema interactúan, se condicionan mutuamente y llegan a la cuestión más interna del sentido y contenido del trabajo a desplegar para llevar a cabo el proceso educativo que traza el sistema penitenciario cubano.

Los reclusos son uno de los grupos marginados de estas sociedades, pero en su caso se han visto desprovistos y marginados de la sociedad de manera consiente e intencionada, por haber cometido delitos contra las personas la propiedad, los valores sociales aceptados o los dictados de un régimen político. Sin embargo, esto no significa que las prisiones sean una respuesta suficiente al fenómeno de la delincuencia.

La reincidencia en los sancionados parece indicar que los programas de educación son todavía imprecisos en los establecimientos penitenciarios, por otra parte, la aplicación de estos programas no se ha hecho una realidad total ya que para muchos países de diferentes continentes la falta de recursos, edificios y de personal especializado, impide la posibilidad de desarrollarlos.

A continuación detallamos las recientes iniciativas internacionales en materia de educación, donde se refleja que existen por parte de diferentes organismos de la comunidad internacional el tratamiento humano que se le debe brindar a las personas reclusas, para ello se han creado y adoptados una serie de instrumentos internacionales a fin de proteger y garantizar los derechos humanos y libertades básicas. La aplicación de estos instrumentos en la práctica, sin embargo, es deficiente en muchos países.

A. NACIONES UNIDAS:

Es la principal organización internacional que ha abordado la cuestión mundial de la educación de los reclusos, aunque le resulta imposible formular propuestas concretas que puedan ser aplicadas por todos los Estados Miembros.

1. En el marco de los derechos humanos:

Las Naciones Unidas han promulgado dos documentos de interés para la educación en los establecimientos penitenciarios.

-Declaración Universal de Los Derechos Humanos, aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 A (III) que regula en su artículo 26 de este cuerpo legal: Toda persona tiene derecho a la educación.

- Pacto Internacional de Los Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. En los artículos 13 y 14 se proclama por el derecho de toda persona a la educación.

Artículo 13, - es una repetición del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en que todos los estados signatarios reconocen “el derecho de toda persona a la educación”, y que la educación debe orientarse hacia “el pleno desarrollo de la personalidad humana”.

2. Normas:

Se han aplicado por Las Naciones Unidas un conjunto de normas que son pertenecientes para la educación de los reclusos las más importantes, que figuran en las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, fueron adoptadas en 1957 por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C (XXIV) y ampliadas por la Asamblea General en su resolución 45/III, que contiene los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos. La regla 77 se aplica directamente a la educación y actividades recreativas de los delincuentes. Dispone además que “se tomaran medidas para la educación ulterior de todos los reclusos que puedan aprovecharlas, en particular instrucciones religiosas” y que la educación penal debe integrarse “en la medida de lo posible” con el sistema educacional de cada país. _

3. Resoluciones:

El Consejo Económico y Social el 24 de mayo de 1990, aprobó nuevas he importantes resoluciones sobre la educación en los establecimientos penitenciarios (resolución 1990/20); que estipula el derecho de toda persona a la educación, consagrado en los instrumentos de derechos humanos recordó además la regla 77 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Las recomendaciones más importantes de esta resolución, es que los Estados Miembros:

a) Proporcionen diversos tipos de educación que contribuyan de manera apreciable la prevención del delito, la resocialización, la reinserción social de los reclusos, y la reducción de los casos de reincidencias.

En la misma resolución se recomendaba a los estados miembros, al formular políticas de educación, tuvieran en cuenta los siguientes principios:

a) La educación en los establecimientos penitenciarios debe orientarse al desarrollo de toda la persona teniendo presente los antecedentes de orden social, económico y cultural del recluso;

b) Todos los reclusos deben gozar de acceso a la educación con inclusión de los programas de alfabetización, educación básica, formación profesional, actividades creadoras, religiosas y culturales, educación física y deporte, educación social, enseñanza superior y servicios de biblioteca;

c) Se debe hacer todo lo posible por alentar a los reclusos a que participen en actividades en todos los aspectos de la educación;

d) Todos los que intervienen en la administración y gestión de establecimientos penitenciarios deben facilitar y apoyar la educación en la medida de sus posibilidades;

e) La educación debe constituir el elemento esencial del régimen penitenciario; no deben ponerse impedimentos disuasiones a los reclusos que participen los programas educativos oficiales y aprobados;

f) La enseñanza profesional debe orientarse a un desarrollo más amplio de la persona y responder a las tendencias del mercado laboral;

g) Deben otorgarse una función importante a las actividades creadoras y culturales, que son especialmente indicadas para permitir a los reclusos desarrollarse y expresarse;

h) Siempre que sea posible debe permitirse la participación de los reclusos en actividades educativas fuera de los establecimientos penitenciarios;

i) Cuando la instrucción deba impartirse en los establecimientos penitenciarios se debe contar con la mayor participación posible de la comunidad exterior;

j) Se deben proporcionar los fondos, el equipo y el personal docente necesario para que los reclusos puedan recibir la instrucción adecuada;

La Asamblea de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, en su resolución 45/111, aprobó los principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Ampliando el marco establecido previamente por las resoluciones del Consejo Económico y Social, en dicha resolución, amplió las normas para el tratamiento de los reclusos. Entre los principios adoptados, figura el principio No. 6 que declara que todas los reclusos "tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana"

B. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS para LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA.

La UNESCO, es el organismo especializado de las Naciones Unidas, que en los últimos años se ha preocupado por cuestiones concretas de la educación de los reclusos en los establecimientos penitenciarios, a nivel internacional, en la cuarta conferencia de esta organización sobre educación de adultos aprobó una declaración sobre el derecho de toda persona a aprender, que incluye los siguientes derechos:

- a) El derecho a leer y escribir;
- b) El derecho a preguntar y analizar;
- c) El derecho a imaginar y crear;
- d) El derecho a leer acerca del propio mundo de cada uno y a escribir la historia;
- e) El derecho a tener acceso a los recursos de la educación;
- f) El derecho a desarrollar los conocimientos individuales y colectivos.

La UNESCO, considera que la educación es un derecho humano, con el adjetivo de desarrollar toda la personalidad del recluso, y significa que siempre que sea posible, se le debe dar acceso a las bibliotecas, laboratorios, talleres, actos culturales y actividades educativas.

B. INSTRUMENTOS Y PERSPECTIVAS REGIONALES:

Existen diferencias importantes en la forma en que se lleva a cabo la educación de los Establecimientos Penitenciarios en las distintas regiones del mundo.

Los objetivos y planteamientos en este aspecto varían considerablemente, no sólo a nivel regional, sino también entre naciones con similares circunstancias económicas, culturales y políticas. No obstante, es posible hacer varias generalizaciones.

En primer lugar, si se examinan las medidas adoptadas a nivel internacional, existen instrumentos regionales paralelos que proclaman la educación como un derecho humano básico. En segundo lugar, Los objetivos de todo programa en materia de educación en los Establecimientos Penitenciarios en casi todas las naciones es permitir aquellas personas que sólo poseen una formación mínima o ninguna que tengan a su disposición los maestros y recursos que les permitan reintegrarse con éxito en la sociedad.

1-África

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada por la Organización de la Unidad Africana (OUA), en 1981 y puesta en vigor desde 1986, declara en su artículo 17 que “toda persona tendrá derecho a la educación” así como a la libertad para “participar en la vida cultural de la comunidad”, aunque conocemos que los Estados Africanos sufren las limitaciones presupuestaria, esto a impedido que se cumpla con lo proclamado.

2- Países Islámicos

La Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam, firmada en agosto de 1990 por los Estados participantes miembros de la Organización de la Conferencia Islámica, contiene entre sus disposiciones, una referencia concreta a la educación. En el artículo 9, se declara que “ la búsqueda del conocimiento es una obligación, y el ofrecer educación es un deber de la sociedad y del Estado”.

3- Asia y el Pacifico

En esta área del planeta deben mencionarse las conferencias anuales de administradores de Establecimientos Correccionales que conceden importancia a las cuestiones relacionadas con los derechos de los reclusos, así como a la planificación a nivel nacional y regional de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, donde se analiza la educación como un derecho de los reclusos y el desarrollo de toda la personalidad han constituido la base para trabajos que sean realizados a nivel regional.

4. Europa y América del Norte

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobadas en 1950, reconocen que la educación es un derecho humano. En 1989, el Consejo de Europa calificó la educación de adultos como un “ factor fundamental de igualdad de las oportunidades de educación y democracia cultural”, además se proclamó lo establecido en la UNESCO sobre el derecho a aprender, publicó un informe sobre la educación en los Establecimientos Penitenciarios.

Los 17 puntos de la recomendación No. R (89) 12, aprobada por el Comité de Ministerios de Consejos de Europa el 13 de octubre de 1989, reiteran los principios humanistas contenidos en la resoluciones de las Naciones Unidas que ya hemos mencionado anteriormente, se recomienda que los Gobiernos adopten políticas para que reconozcan lo siguiente:

a) Todos los reclusos deben tener acceso a la educación, que debe incluirse enseñanza en las aulas, educación profesional, actividades creadoras y culturales, educación física y deportes, educación social y servicios de bibliotecas (punto No. 1).

b) La educación para los reclusos debe ser equivalente a la educación facilitada para los grupos de edad similares en el mundo exterior (punto No. 2)

c) La educación debe tener la misma consideración que otros trabajos en el marco de régimen penitenciario, y los reclusos no deben resultar perjudicados financieramente o de otra forma por participar en la educación (punto No. 5).

d) Deben facilitarse programas de desarrollo para garantizar que los educadores adopten métodos de educación apropiados para los adultos (punto No. 7).

e) Debe prestarse especial atención a los reclusos con dificultades especiales, en particular a lo que respecta a problemas de lectura y escritura (punto No. 8).

En los Estados Unidos, recientemente se realizaron estudios financiados a nivel Federal llevado a cabo por la Asociación de Educadores en Establecimientos y Correccionales (CEA), donde se exige actualmente que los reclusos analfabetos asistan a programas de educación básica, durante un período mínimo de tiempo. No se exigen niveles de resultados.

5. América Latina

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, basada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es un instrumento primordial de los Derechos Humanos de esta Área. Aunque este documento no menciona específicamente el derecho a la educación.

C. ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

Estas organizaciones han brindado un valioso apoyo celebrando seminarios y reuniones, llevando a cabo estudios e investigaciones concretos y publicando informes y manuales sobre la cuestión. Esta labor ha contribuido a diversas iniciativas internacionales en materia de educación en los establecimientos penitenciarios, como por ejemplo los congresos sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente que se celebra cada cinco años.

A continuación resumimos actividades recientes de algunas organizaciones no gubernamentales que han participado en la educación en los establecimientos penitenciarios.

1-Asociación de Educadores en Establecimientos Correccionales (CEA)

La CEA ha elaborado y publicado un conjunto de normas relativas a programas de educación en establecimientos correccionales para menores y adultos. Estas normas fueron elaboradas por los administradores e investigadores del programa para establecimientos correccionales ya a principios del decenio de 1980 mediante una serie de reuniones y entrevistas en todos los Estados Unidos. Estas normas han sido suscritas recientemente por la asociación Correccional Americana (ACA).

Estas normas se utilizan para los exámenes oficiales de los distintos programas federales y estatales del Canadá y los Estados Unidos. Los programas que se ajustan a las reglas mínimas son reconocidos por la ACA y certificados por la CET. Este proceso plantea que ha influido en las iniciativas de carácter judicial y legislativo adoptadas por el gobierno en las actuaciones legales, las normas se utilizan como base de los argumentos y de decisiones legalmente obligatorias. También han pasado a constituir la base y justificación de las nuevas disposiciones legales sobre establecimientos correccionales y de educación.

2- Consejo Internacional para la Educación de Adultos

La educación de los reclusos está estrechamente relacionada con la esfera general de la educación de adultos, la labor realizada por el Consejo Internacional para la Educación de Adultos (ICAE) es con frecuencia valiosa para los educadores de los establecimientos penitenciarios.

3- Foro Internacional para el Estudio de la Educación en los Sistemas Penitenciarios.

Fundado en 1991, e inicialmente con centros en Australia, Canadá, España, el reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos, el Foro Internacional para el Estudio de la Educación en los Sistemas Penitenciarios (IFEPS) es una de las pocas organizaciones no gubernamentales dedicadas exclusivamente al estudio de la educación en las prisiones. Reconociendo que el aislamiento institucional, nacional y regional hace difícil la cooperación entre los interesados en esa cuestión, el objetivo primordial del IFEPS es utilizar la educación, la participación comunitaria y la actividad internacional para superar estas tendencias. A tal efecto el Foro celebra reuniones, pública ocasionalmente documentos y lleva a cabo investigaciones en materia de educación en establecimientos penitenciarios, en las que invita a participar a profesionales y académicos de todo el mundo. En 1992, el IFEPS patrocinó un seminario en el marco del Simposio Internacional sobre la educación en establecimientos penitenciarios, como preparación para la 47 Conferencia Internacional de Asociaciones de Educadores en Establecimientos Correccionales.

4- Asociación Europea de Educación en Establecimientos Penitenciarios.

La Asociación Europea de Educación en Establecimientos Penitenciarios (EPEA), propuesta en 1989 y establecida oficialmente en 1993 como contraparte de la (CEA), se ocupa de las cuestiones relacionadas con la educación en las prisiones, en particular en la región de Europa. Los objetivos primordiales de la (EPEA) son los siguientes:

- a) Promover la educación en los establecimientos penitenciarios conforme a la recomendación No. (89) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa;
- b) Prestar apoyo y asistencia para el desarrollo profesional de las personas que participan en la educación en establecimientos penitenciarios mediante la cooperación a nivel europeo;
- c) Cooperar con las organizaciones profesionales a fines.
- d) Prestar apoyo a las investigaciones en materia de educación en establecimientos penitenciarios, incluida la educación básica elemental social, profesional y física.

En 1999, 26 países incluidos Belarús, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia, han designado personas que mantienen enlace con la (EPEA) o han participado de otro modo en sus actividades.

5- Consejo Intencional de Asesoramiento Científico y Profesional

Es un contribuyente importante a la labor de la Subdivisión de Prevención del delito y Justicia Penal de la Secretaria de las Naciones Unidas en materia de educación en establecimientos penitenciarios ha sido el Consejo Internacional de Asesoramiento Científico y Profesional (ISPAC). El ISPAC ha resultado ser una fuente valiosa de información de referencia para las conferencias internacionales en esta esfera. En particular, los trabajos del Dr. Daga, cuando fue Ministerio de Justicia de Italia, merecieron atención internacional. El Dr Daga sostuvo que si bien no puede mantenerse la presunción directa de que “tratamiento equivale a menor índice de reincidencia”, la educación sigue jugando un aspecto importante para que la sentencia del recluso resulte más humanitaria. El ISPAC preparo documentos sobre educación en los establecimientos penitenciarios en la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y al Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente que se celebro en El Cairo en 1995.

Reconociendo que el aislamiento institucional, nacional y regional hace difícil la cooperación entre los interesados en esa cuestión .bien no puede mantenerse la presunción directa de que “tratamiento equivale a menor índice de reincidencia”, la educación sigue jugando un aspecto importante para que la sentencia del recluso resulte más humanitaria

Capítulo II: Retos y perspectivas de los programas educativos implementados en los Establecimientos Penitenciarios de la Provincia Las Tunas.

2.1 El Sistema Penitenciario en el marco de los Programas de la Revolución.

Los proyectos Sociales de la batalla de Ideas se han instituido como una oportunidad social y personal para el desarrollo pleno de las capacidades de una sociedad que valoriza en primer lugar el capital humano que posee. Por ello el compañero Fidel, máximo líder de nuestra Revolución, expresa que “hay un campo donde la producción de riquezas puede ser infinita: el campo de los conocimientos, de la cultura y el arte en todas sus expresiones, incluida una esmerada educación ética, estética y solidaria, una vida espiritual plena, socialmente sana, mental y físicamente saludable, sin lo cual no podrá hablarse jamás de calidad de vida”. Los objetivos de estos programas se pueden resumir en el logro de una transformación significativa de nuestra sociedad, incluyendo dentro de esta las personas que se encuentran privadas de libertad, sobre bases de la educación y la cultura. Una pequeña muestra de los programas integrantes de la Batalla de Ideas implementados para el desarrollo de la educación en las prisiones se encuentra en la siguiente relación:

"La Tarea 500", implementadas en nuestro país a partir del año 2000. Fue impulsado no sólo con la intención de convertir en la práctica las prisiones en escuelas, sino para promover el rescate y orientación de jóvenes y menores proclives a cometer delitos en nuestra sociedad, teniendo como objetivos principales contribuir a la aplicación de medidas encaminadas a lograr que vayan a prisión quienes realmente lo ameriten y evitar, dentro en lo posible, que jóvenes involucrados en la comisión de delitos, reciban sanciones de privación de libertad, cuando sea posible la corrección de su conducta, transformar el Sistema Penitenciario y perfeccionar el Sistema de Evaluación, Prevención y Educación de menores que hallan delinuido o presenten problemas de conducta.

Conformando este Programa existen otros que hacen posible el pleno desarrollo de la educación tal es el caso de los siguientes:

Programa audiovisual y Universidad para Todos:

Instalado a través de circuitos cerrados de televisión con cabina de vídeo, para garantizar la trasmisión de los programas de Universidad para Todos y otros en coordinación con el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud Pública, etc. Con el propósito de seguir mejorando la superación cultural e integral de la población penal. Son dirigidos metodológicamente por profesores del Ministerio de Educación

insertados en las prisiones e impartidos por internos preparados voluntariamente como monitores de aula, los que son retribuidos salarialmente por esa actividad.

Programa sobre perfeccionamiento de las Bibliotecas de los centros penitenciarios del País:

El fomento de las bibliotecas ha sido un factor importante de apoyo al Programa Audiovisual, a la instrucción escolar y a la capacitación técnica y ha venido potenciando gradualmente el hábito de lectura en la población penal, ampliando su acervo cultural en tal sentido esta tarea está estructurada en tres direcciones, la primera es la entrega por la Dirección del país de módulos de biblioteca que posean 155 títulos con una literatura de buena calidad, en segundo lugar comprar literatura a las diferentes imprentas del país, la tercera es la donación de libros por diferentes compañeros ,para enriquecer las bibliotecas de las prisiones, además de las coordinaciones con las bibliotecas municipales para de esta forma hacer llegar títulos de libros para que los internos puedan seleccionar literatura a leer.

Programa Educa a tu Hijo.

En la actualidad se desarrolla con las internas que son madres de niños de cero a seis años, el programa “Educa a tu hijo”, dirigido por el Ministerio de Educación y en él participan diversos organismos del Estado, la Federación de Mujeres Cubanas y otras organizaciones políticas, sociales y de masas. Auspiciado por la UNICEF, está encaminado a desarrollar un conjunto de acciones educativas y de atención social que garanticen un adecuado tratamiento a los infantes y sus madres.

Programa para el desarrollo del deporte:

La práctica sistemática del deporte es parte integrante del sistema de tratamiento educativo que se le dispensa a la población penal.

A través de este programa se han sido organizado eventos deportivos de base, provinciales, regionales y nacionales; se han impartido Cursos emergentes de educación física donde se han graduado una cifra superior los 300 internos, a los que se les ha dado la posibilidad de comenzar la Licenciatura en Cultura Física y Deporte en aulas habilitadas como feliz inicio de la aplicación de la universalización de la enseñanza en el Sistema Penitenciario cubano.

Universalización de la enseñanza en el Sistema Penitenciario

Se acoge a las transformaciones que se han producido en la Educación Superior Cubana, elevando a planos superiores la formación de una cultura general integral en los internos, ofertándoseles las carreras de Estudios Socio Culturales y Cultura Física.

2.2 Retos y perspectivas de los programas educativos implementados en los Establecimientos Penitenciarios de la Provincia Las Tunas.

La educación que se imparte en los Establecimientos penitenciarios está acorde con lo que establece el Ministerio de Educación y cumple con la finalidad primaria de preparar a los internos para la vida en libertad, o sea, para reinsertarse a la sociedad y convivir con esta siendo portadores de una cultura en concordancia con las normas de convivencia social, sin que sean marginados por su excondición de internos pues una vez reinsertados tienen iguales posibilidades de estudio y empleo que el resto de los ciudadanos.

Se constató que la educación ofrecida está encaminada a completar el nivel escolar elemental a quienes no lo poseen y a incrementar el nivel cultural y técnico en general a través de la docencia que incluye cursos de capacitación en oficios tales como gastronomía, barbería, panadería, albañilería estos últimos acreditados por la Escuela de Obreros Calificados del Ministerio de la Construcción, así como ofrece la posibilidad de estudiar carreras universitarias.

El 54,5% de la población penal no estudiaba al ingresar a prisión, contando en estos momentos con el 55% incorporado a la Instrucción Escolar, el 40,7% a la Capacitación Técnica el 10% a carreras universitarias y el 98,2% al programa Audiovisual, es preciso destacar que en nuestro país la enseñanza primaria y secundaria es obligatoria.

La experiencia de insertar al interno dentro de los programas educativos es valorada por el Consejo de Dirección de la Prisión, Jueces y Fiscales al momento de conceder algún beneficio, además influye positivamente en el desenvolvimiento de estos.

El Reglamento Penitenciario prevé una rebaja adicional de la sanción por excepcional conducta y resultados relevantes en los programas educativos para lo cual el interno no solo debe estar matriculado en estos sino también haber participado activamente en ellos con evaluación de sobresaliente en la promoción escolar, la capacitación de oficios o en el resto de las actividades culturales.

Se aprecia mayor interés por parte de los internos para incorporarse a la educación y adquirir nuevos conocimientos además de cambiar su concepción sobre su reincorporación a la sociedad, pues al estar dotados de una cultura más integral y tener un oficio o carrera universitaria cuentan con las mismas posibilidades que el resto de sus miembros, además de contar con una mayor aceptación por parte de esta, lo cual hace que experimenten un cambio positivo en su conducta, aumentando sus expectativas por salir de libertad. Aunque es preciso señalar que un menor por ciento se incorpora con la errónea finalidad de lograr la rebaja de sanción a la que hicimos alusión, decimos errónea pues como plasmamos anteriormente hay que reunir varios requisitos no siendo suficiente la mera incorporación.

Podemos señalar dentro de los principales logros alcanzados con la inserción de los programas educativos en las prisiones son los siguientes:

- Mejor comunicación de los internos al dirigirse a los funcionarios y entre ellos.
- Formación de un ambiente de superación y estudio entre los internos.
- Creación de hábitos y valores dentro de la población penal influyendo positivamente en la autoestima de los internos.
- Erradicación de los iletrados en las prisiones de la provincia.

La educación dentro de los establecimientos penitenciarios constituye un reto pues aunque se muestran disímiles logros y transita por senderos seguros debemos continuar trabajando en aras de perfeccionar los programas establecidos, para hacer más justa y humana nuestra obra.

CONCLUSIONES

La educación en los Establecimientos Penitenciarios tiene tres objetivos inmediatos: mantener a los internos ocupados provechosamente, mejorar la calidad de vida en prisión y conseguir un resultado útil (oficio, conocimientos, comprensión, actitudes sociales y comportamiento) que perdure más allá de la prisión y permita el acceso al empleo o a una capacitación superior.

La inserción de los programas de los programas de la Revolución a raíz de la batalla de ideas transita por un sendero seguro y ha tenido avances entre los que sobresalen:

- Mejor comunicación de los internos al dirigirse a los funcionarios y entre ellos.
- Formación de un ambiente de superación y estudio entre los internos.
- Creación de hábitos y valores dentro de la población penal influyendo positivamente en la autoestima de los internos.
- Erradicación de los iletrados en las prisiones de la provincia.

Los proyectos Sociales de la batalla de Ideas se han instituido como una oportunidad social y personal para el desarrollo pleno de las capacidades de una sociedad que valoriza en primer lugar el capital humano que posee. Los objetivos de estos programas se pueden resumir en el logro de una transformación significativa de nuestra sociedad, incluyendo dentro de esta las personas que se encuentran privadas de libertad, sobre bases de la educación y la cultura.

BIBLIOGRAFÍA

CABRAL O. HECTOR A. Reflexiones Penitenciarias. Santo Domingo, Edit. Etsa, 1992.

Colectivo de autores. Historia de las prisiones en Cuba. Edit. Cap. San Luis, 1993.

I.M Golperin. Sanción. Funciones Sociales y Prácticas de su aplicación. Editorial Ciencias Sociales.

JIMENEZ BURILLO Y MIGUEL CLEMENTE. Psicología Social y Sistema Penal. España, Alianza Editorial, 1986.

OLIVA MELGAR Y ROMERO ESPINOSA. El Sistema teórico conceptual de la reeducación. Santiago de Cuba, Ponencia presentada "Taller Internacional el

ROXIN, CLAUS Y OTROS; Determinación judicial de la pena, Ediciones del Puerto, 1993.

DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS. Dpto. de Reeducación Penal. Curso de Pedagogía Correccional. Minint. Ciudad de La Habana. 1985

MANUAL DE BUENA PRÁCTICA PENITENCIARIA. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Revista de la Reforma Penal Internacional. Julio, 2002.

LEGISLACIONES. Ministerio de Justicia Código Penal Ley No 62 Ciudad de La Habana 1990, (pp 18-19)

MININT. Documentos normativos 1992 y 1993.

MININT Orden No 1 del Vice-Ministro de la Jefatura del Orden Interior Dirección Central Minint. Ciudad de La Habana. 1990

Ministerio de Justicia. Gaceta Oficial. Constitución de la República. Reforma Aprobada. Ciudad de La Habana. 1992, (pp 34)

MININT. Orden No. 95 del Ministro del Interior de las Normas y Procedimientos de Reeducación Penal. Dirección Central Minint. Ciudad de La Habana. 1983

MININT. Orden No. 72 del Ministro del Interior de las Normas de Procedimiento de Reeducación Penal. Dirección Central Minint. Ciudad de La Habana. 1982