DEBATES ACTUALES DESDE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

MEMORIAS DEL III EVENTO CIENTÍFICO

"EL DERECHO Y LA SOCIEDAD"

YULIESKY AMADOR ECHEVARRIA

(COMPILADOR)

DEBATES ACTUALES DESDE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

MEMORIAS DEL III EVENTO CIENTÍFICO

"EL DERECHO Y LA SOCIEDAD"

YULIESKY AMADOR ECHEVARRIA

(COMPILADOR)

EDICIÓN, CORRECCIÓN, DISEÑO DE INTERIOR, REALIZACIÓN DE CUBIERTA Y DIAGRAMACIÓN:
CAPÍTULO PROVINCIAL DE INFORMÁTICA Y DERECHO, ARTEMISA

YULIESKY AMADOR ECHEVARRIA, 2016

SOBRE LA PRESENTE EDICIÓN:

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDAD DE ARTEMISA

UNIÓN NACIONAL DE JURISTAS DE CUBA, ARTEMISA

CAPÍTULO PROVINCIAL DE INFORMÁTICA Y DERECHO, ARTEMISA

ISBN 978-959-16-3022-3

NOTA: LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EXPRESAN EXCLUSIVAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORAS Y AUTORES.

A LA MEMORIA DEL DR. JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ

“No se concibe la pretensión de hacer de un pueblo una comunidad cada vez más instruida si no se le introduce por los derroteros del universo jurídico, por ser un fenómeno que a la larga le aportará parte de los elementos que se requieren para el entendimiento de su propia vida social”

Andry Matilla Correa

Índice

Presentación

Convocatoria al Evento…….

Sección No. 1: Historia del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo

Aproximaciones jurídicas a la problemática de la Inclusión en Cuba en los Textos constitucionales cubanos posterior a 1959

YULIESKY AMADOR ECHEVARRIA

YISELL MARTÍ TRAMEZAYGUEZ

ARLENIS TRIANA SANTAMARÍA……

La queja como derecho constitucional, bases teóricas para la fundamentación de un derecho homogéneo y unitario

NOSLEN GONZÁLEZ MORA

MIADYS CARMONA GONZÁLEZ

LÁZARO MARIO JIMÉNEZ GONZÁLEZ…….

La Constitución cubana como heredera de las conquistas del pueblo cubano

ELVIS PÉREZ CASTRO

YIRLENIS DE LA CARIDAD PÉREZ PILOTO ……

El Derecho al deporte. Las preferencias deportivas de los estudiantes de 12mo grado del IPU "Eduardo García Lavandero" del municipio Artemisa

RODOLFO PÉREZ LAVANDERA

NIURYS ALMORA CARRASCO

ELISA M. ROBAINA AGUIRRE……

Una mirada a la actuación del abogado cubano de hoy

AMARELYS CABRERA PIÑEIRO

YENLÍ PÉREZ PASCUAL……..

Los retos que impone la homosexualidad en el Siglo XXI al derecho

JUAN AMORES GALVEZ…….

Comportamiento ético de la abogacía cubana

KATIA LAUDELINA GÓNGORA TEXIDOR……

Reflexiones sobre la Ética, la moral, los valores y la conducta cívica de la abogacía, vista desde el contexto de la Transferencia

PABLO SUÁREZ BAYÓN……

Cuaderno para el desarrollo de habilidades docentes e intelectuales en los alumnos de la carrera Derecho

PEDRO LEÓN LLANO

ADELA PIÑEIRO NÚÑEZ

OSVALDO BATISTA PÉREZ……

Sección No. 2: Derecho Civil y Derecho de Familia

Las notas marginales en los asientos registrales del Estado Civil, un acercamiento a su realidad actual en nuestro país

JORGE HERODES HERNÁNDEZ PORTALES……

Protección jurídica a las personas de la Tercera Edad

LIZMARY ORTEGA DÍAZ

ROSMERY RAMOS HERNÁNDEZ……

Género, Violencia Intrafamiliar y su regulación jurídica

JEANET RODRÍGUEZ LABRADOR

MARIELA MERIÑO ODRIAZOLA

GLORIA M. MÁRQUEZ FERNÁNDEZ

TANIA CASTELLANOS PÉREZ……

La Educación Jurídica en la Educación Superior, una forma de potenciar la integración de las personas con discapacidad

EUSEBIA IZAGUIRRE BENCOMO

PEDRO LEÓN LLANO…….

Del contenido atípico del testamento en la esfera familiar

LIZMARY ORTEGA DÍAZ…….

La mediación en la solución de los conflictos familiares

EVA DEL CARMEN QUINTANA DOMÍNGUEZ……..

La violencia contra la mujer una mirada desde el Derecho

SELMA MARÍA CASTRO MARTÍNEZ

MARÍA DE LOS ANGELES MARTÍNEZ GONZÁLEZ

MARÍA ELENA ABREU ARAGÓN……..

Sección No. 3: Derecho Penal y Ciencias Criminológicas

Los Delitos Ambientales. Su regulación y protección en nuestro Código Penal

DERMIS CORDERO CONDE…….

La delincuencia juvenil

FLAVIA ARAISA TORRES CUÉ…….

YANET MACHÍN RIVAS……..

El acusado ¿de espalda o de frente a su proceso? Una mirada al derecho comparado

DIEGO RAFAEL GARCÍA IGLESIAS

MAIRELIS RIVERA REYES…….

El principio del derecho a la defensa en la fase preparatoria de procedimiento penal cubano y la victimización terciaria

YULEIDYS RUBIO RODRÍGUEZ

NURIA PÉREZ SÁNCHEZ……..

La justicia restaurativa como posible alternativa de resolución de conflictos penales en cuba

YEISSEL AGUIAR PARDO……..

Sección No. 4: Derecho de la Empresa y Derecho Internacional

Evolución jurídica de la protección jurídica de los bosques

RAISA MESA AGETE…….

Proyecciones del abogado en el proceso laboral común desde el punto de vista ético y profesional

LAURA NÚÑEZ LAZO

GIANNI VERA MARTÍNEZ……

La mediación un método eficaz para resolver conflictos ante los nuevos cambios en materia comercial en Cuba

DAINORYS MARTÍNEZ ÁLVAREZ……

Las nuevas formas de producción no estatal como una oportunidad socioeconómica en la sostenibilidad del socialismo en Artemisa

MAIDELIN QUESADA SOTOLONGO…….

El papel del Derecho Ambiental en la búsqueda de la justicia social frente a los procesos globales de consumo de la sociedad moderna capitalista

Antonio M. de las Traviesas Moreno

Maylon Palenzuela López

Hernán M. Torres Serrano…….

Presentación

Intensas jornadas de trabajo caracterizaron al Evento Científico “El Derecho y la Sociedad” que lleva a cabo cada año el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa, coauspiciado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba en el territorio y en esta ocasión contando con el especial apoyo de su Capítulo provincial de Derecho e Informática y la Cátedra Honorífica “Dr. Julio FERNÁNDEZ BULTÉ”.

Ya suman tres los años de experiencia e igual número de Ediciones de esta Magna cita de los juristas artemiseños que nos une en el empeño de contribuir a la continua superación de nuestros miembros y a través de las investigaciones presentadas, proponer soluciones a problemáticas actuales que se muestran en nuestro trabajo cotidiano.

En esta ocasión el Evento homenajeó la figura del DR. JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ y estuvo dedicado al **90 Cumpleaños del Líder Histórico de la Revolución cubana Fidel Castro Ruz y el 40 Aniversario de la Constitución cubana de 1976**.

De manera especial contamos con la presencia de la MSc. Yarina AMOROSO FERNÁNDEZ, Presidenta de la Sociedad cubana de Derecho e Informática quien tuvo a su cargo la Conferencia central y de Julio César MORENO VÁZQUEZ, Técnico en Gestión Documental de la dirección de América Latina y el Caribe, perteneciente al Instituto Cubano de Amistad con los Pueblos.

Los trabajos fueron agrupados para su fácil consulta en 4 Secciones. La No. 1 dedicada a las ponencias que versaban sobre Historia del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo; No. 2: Derecho Civil y Derecho de Familia; No. 3: Derecho Penal y Ciencias Criminológicas y la No. 4 dedicada al Derecho de la Empresa y Derecho Internacional.

Un agradecimiento a todos los que dieron cuerpo a este III Evento Científico “El Derecho y la Sociedad”, pero en especial al claustro de profesores del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa por toda la dedicación y horas de esfuerzo: Antonio M. DE LAS TRAVIESAS MORENO, Yisell MARTÍ TRAMEZAYGUEZ, Lizmary ORTEGA DÍAZ, Maylon PALENZUELA LÓPEZ, Noslen GONZÁLEZ MORA y Hernán M. TORRES SERRANO. Agradecemos también la cooperación brindada por el MSc. Sergio L. DÍAZ TRUJILLO, Presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Artemisa.

Lic. Yuliesky Amador Echevarria

Presidente del Comité Organizador

Convocatoria al Evento

El Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Artemisa y su Cátedra Honorífica Dr. Julio Fernández Bulté, en coordinación con la Unión Nacional de Juristas de Cuba en la Provincia y su Capítulo provincial de Informática y Derecho

C O N V O C A

Al tercer Evento Científico de Juristas de la Provincia Artemisa "El Derecho y la Sociedad"

Dedicado al 90 cumpleaños del Líder Histórico de la Revolución cubana Fidel Castro Ruz y a la conmemoración del 40 Aniversario de la Constitución cubana de 1976.

Finalidades

- Contribuir a la educación de los ciudadanos para el estricto cumplimiento de las leyes y respeto a las reglas de convivencia social.

Intercambio de experiencias que contribuyan a:

- Salvaguardar el régimen económico, social y político establecido en la Constitución.
- Búsqueda de respuestas a las disímiles situaciones que se presentan con vistas a prevenir las violaciones de la ley y las conductas antisociales, reprimir y reeducar a los que incurran en ella y restablecer el imperio de las normas legales cuando se reclame contra la infracción.
- Elevar la conciencia Jurídico-Social en el sentido del estricto cumplimiento de la ley.

Las líneas de investigación versarán sobre:

- El papel de la Constitución en la sociedad.
- El papel de los Juristas en el nuevo modelo económico en la Provincia Artemisa.
- La discriminación de Género en nuestro código Penal.
- La Victimización secundaria de la mujer en los delitos de violación y abusos lascivos.
- El papel de la Fiscalía contra los delitos informáticos.

- El papel de la Asesoría Jurídica en las Cooperativas no Agropecuarias.
- El papel del Juez de Ejecución en la resocialización del sancionado.
- Protección a las personas con discapacidad. Actos de disposición sobre la propia capacidad. Implicaciones jurídicas y bioéticas**.**
- Métodos alternativos para la solución de conflictos suscitados en torno al cumplimiento de los contratos.
- Inicio de la personalidad jurídica. Consideraciones bioéticas en torno a la maternidad subrogada. *Status* jurídico del embrión humano.
- La aplicación del Decreto Ley 310 respecto a las multas administrativas en la provincia Artemisa.
- La aplicación de contravenciones en materia medioambiental en la provincia Artemisa.
- La evasión fiscal en los cuentapropistas y cooperativas no agropecuarias.
- El derecho a la Igualdad y la No Discriminación.
- La ciberguerra como amenaza a la soberanía de los Estados.

  Se aceptan trabajos que aunque no estén enmarcados en las temáticas anteriores hagan referencia a situaciones actuales relacionadas con el Derecho.

Normas de redacción y presentación:

La presentación de los trabajos en todos los casos será en forma de ponencia. Letra Arial 12, Times New Roman 12 para las notas al pie de página, interlineado 1,5, imágenes y gráficas en anexos debidamente enumerados.

Presentación:

- Datos de identificación del trabajo que se presenta (Logo institucional, título, datos del autor, centro, correo electrónico.)

- Resumen de 250 palabras y de 3 a 4 palabras claves.
- Cuerpo del trabajo de 10 a 15 cuartillas organizadas en:
  - ✓ Introducción.
  - ✓ Desarrollo.
  - ✓ Consideraciones Finales.
  - ✓ Anexos (de tener).
  - ✓ Bibliografía general y referencias.
  - ✓ Se entregarán en formato digital e impreso.

Solo se aceptarán tres (3) autores por trabajos.

Todos los trabajos pasarán a formar parte de los fondos del departamento y se registrarán en las memorias del Evento.

Los trabajos seleccionados serán publicados., otorgándose el ISBN correspondiente.

La fecha tope de entrega es el 5 de Febrero de 2015 en los CUM y al Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa. (Los CUM deben de entregar los mismos a la F.C.S.H de la Universidad de Artemisa en la fecha indicada)

El evento se realizará el 18 de Febrero de 2016 a las 8:30 am en la Universidad de Artemisa.

Sección No. 1

Historia del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo

Aproximaciones jurídicas a la problemática de la Inclusión en Cuba en los Textos constitucionales cubanos posterior a 1959

LIC. YULIESKY AMADOR ECHEVARRIA*

LIC. YISELL MARTÍ TRAMEZAYGUEZ**

ARLENIS TRIANA SANTAMARÍA***

SUMARIO

1. Notas preliminares al tema 2. Acercamiento al tema de la Igualdad y No Discriminación a partir de las transformaciones ocurridas posterior a 1959 y hasta 1976. 2.1 Las Unidades Militares de Ayuda a la Producción. **2.2.** Quinquenio 1971-1976. **3. Período posterior a 1976 y hasta la Reforma Constitucional de 1992. 4. El Derecho a la Igualdad y la No Discriminación posterior a la Reforma Constitucional de 1992. 4.1.** Referencia a la No Discriminación por Orientación Sexual. **5. Reforma Constitucional de 2002. Aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. 6. Consideraciones finales.**

1. Notas preliminares al tema.

Hay temas que por la magnitud de su trascendencia, cuesta trabajo acercarse a ellos de forma “crítica” aunque el fin sea exaltar el talento político de una nación. La dificultad estriba en que en ocasiones no todos están dispuestos a ser partícipes de un discurso que aunque parezca incómodo, es sólo una muestra del lugar en que estábamos, cómo llegamos al hoy y las alternativas que pretendemos poner en práctica para continuar avanzando hacia logros de mayor envergadura. Cuando sucede esto, y aunque suene algo dramático, sólo me queda afirmar como los

antiguos Gladiadores antes de llevar a cabo la batalla que podía definir su vida: ***Ave Caesar, moritori te salutant.***[1]

El tema de la Igualdad y No Discriminación es uno de esos temas "engorrosos" tratados por algunos y "prohibidos" para otros que nunca ha dejado de suscitar controversias dentro de la población cubana y más aún, en los estudiosos del tema. Especial significación tomó el mismo luego del Triunfo Revolucionario del 1 de enero de 1959, cuando se comienza la construcción del "hombre nuevo". ¿Fácil construcción? ¿Ajena a un sinfín de problemas? ¿Libre de contradicciones? ¿Logros alcanzados sin dificultad? ¿Falsear los sucesos o intentar que desaparezcan a fuerza de olvidos provocados?. Muchas son las preguntas que podrían hacerse y varios los estudios que se han escrito, algunos con el fin de minimizar al límite los logros alcanzados, otros de solapar los problemas afrontados, y para suerte de la historiografía, varios que recordando los hechos irrecordables, toman sus enseñanzas como una muestra de lo que no puede volver a suceder y lo que debemos luchar por preservar. Sin ánimo de convertirme en mártir, soy de los que se suman a este último grupo.

Para nadie resulta un secreto que llevar a cabo lo plasmado en el Artículo 42 de nuestra Ley de Leyes[2], ***"la discriminación por motivos de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la Ley",*** no ha sido tarea fácil. Criterios errados y mentes prejuiciadas son algunos obstáculos, que de forma general han estado presentes a la hora de realizar cambios en cuanto a formas de

*Licenciado en Derecho. Profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa, Cuba.
**Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa, Cuba.
***Estudiante de Segundo año de la Carrera Derecho, Universidad de Artemisa, Cuba.

[1] Frase que traducida al español significa: Salve César, los que van a morir te saludan.

[2] Haciendo referencia al texto de la Constitución actualmente vigente.

pensar, y sobre todo, de realizar acciones concretas. Ideas como estas son las que en fecha reciente Raúl Castro señalaba como “lastre de una mentalidad obsoleta”.[3]

Luego del Triunfo revolucionario del Primero de enero comenzó otra guerra para el pueblo cubano, sólo que esta vez sería contra nuestras propias e infundadas ideas de igualdad y rectitud. Cuestiones estas que sin dudas marcan y definen el camino de las Revoluciones cuando se trata del trabajo con las masas. Durante décadas, de sectores insospechados aparecieron detractores que bajo falsos conceptos de integralidad actuaban cual inquisición moderna contra todo lo que aparentara no estar acorde con los principios de rectitud creados o falseados por ellos. ¿Enseñanzas de esto? Soy del criterio que todo lo que pueda tomarse de la experiencia política de una Nación en el perfeccionamiento de sus métodos de trabajo hacia la población, sean buenas o malas, debe ser estudiado, analizado y criticado sobre la base de perfeccionar las acciones a tomar.

El presente trabajo investigativo es un intento de acercarnos al tema de la Igualdad y No Discriminación como un claro desequilibrio social que puede analizarse a la par del Objetivo número 5 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible sobre la Igualdad[4] realizando una valoración de los logros alcanzados, a través de un recorrido por sucesos de “difícil mención” que nos permiten adecuarnos a las actuales circunstancias y no permitirnos retroceder en el arduo camino que en más de medio siglo de Revolución cubana hemos transitado, teniendo presente la máxima martiana postulada en el propio Preámbulo de la Constitución cubana de la necesidad de que la Ley primera de la República fuese la dignidad plena del hombre, y las valoraciones sobre el tema de la Inclusión que aporta el máximo líder de la Revolución cubana Fidel Castro Ruz.

2. Acercamiento al tema de la Igualdad y No Discriminación a partir de las transformaciones ocurridas posterior a 1959 y hasta 1976.

[3] Directrices contenidas en el Discurso del General de Ejército Raúl Castro Ruz, Primer Secretario del Comité Central del Partido Comunista de Cuba en la Clausura del VII Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el Palacio de Convenciones, 19 de abril de 2016.

[4] Reunión de seguimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Jueves 19 de mayo de 2016. Asociación Cubana de las Naciones Unidas.

Durante 1959, la Revolución no solo tomó el poder político, sino que dio inicio a un proceso de profundas transformaciones sociales, con lo cual sentó las bases para intentar avanzar hacia una sociedad diferente, teniendo como premisa fundamental, el apoyo incondicional del pueblo ante aquellos cambios que se comenzarían a estructurar de forma paulatina y por momentos acelerada.

Al triunfar la Revolución y constituirse el primer Gobierno Revolucionario, se reafirmó la vigencia de la Constitución de 1940, ***"tal como regía en la fecha nefasta de la usurpación del poder público por el tirano, sin perjuicio de las modificaciones que de ella acuerde el Gobierno Provisional para viabilizar el cumplimiento de los postulados de la Revolución".***[5] A partir de este trascendental momento histórico, la lucha por el Derecho a la Igualdad y la No Discriminación estaría presente en el día a día de la población cubana.

En cumplimiento de ese compromiso, el 7 de febrero de 1959 fue promulgada la Ley Fundamental de la República que habría de normar la vida institucional de la Revolución. La Ley conserva la mayor parte del articulado de la Constitución de 1940, aunque teniendo en cuenta que la característica de Permanencia en el tiempo de toda Norma jurídica no es sinónimo de "quietud legislativa permanente" y que esta tiene en la sociedad una de sus fuentes, introduce modificaciones que la adecuan a la dinámica del proceso revolucionario[6]. El tema de la Igualdad se trataba en el Título Cuarto, Derechos Fundamentales, Sección Primera, de los Derechos Individuales, Artículo 20[7]que hacía referencia a la discriminación por motivo de sexo, raza, color o clase, y cualquier otra lesiva a la dignidad humana. Se hacía indispensable que estos postulados no continuaran siendo letra muerta y se pusieran en práctica dentro de una sociedad hastiada de rechazo y marginación.

2.1. Las Unidades Militares de Ayuda a la Producción.

[5] Buch, Luis M. y Reinaldo Suárez Suárez: Gobierno Revolucionario cubano. Primeros pasos, anexo 5, p. 173.
[6] Bell, José, Delia Luisa López y Tania Caram: Documentos de la Revolución cubana 1959, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006, p. 39.
[7] Artículo 20, Ley Fundamental de 1959: Todos los cubanos son iguales ante la Ley. La República no reconoce fueros ni privilegios. Se declara ilegal y punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, color o clase, y cualquier otra lesiva a la dignidad humana.

Teniendo en cuenta que la historia es innegable e irrenunciable, cabe mencionar algunos ejemplos que para nada ayudaron al tema de la Igualdad y la No Discriminación en esta etapa, y que a través de un "acelerado" resumen de lo que fueron, podemos evidenciar cómo se ha avanzado considerablemente en el tratamiento a estos temas, demostrando en todos los sentidos la voluntad política del Estado cubano.

Tal es el caso de las llamadas Unidades Militares de Ayuda a la Producción (UMAP)[8], las cuales han sido poco sistematizadas en cuanto a investigación, pero aun así tratadas en múltiples testimonios de ciudadanos que en primera persona se han acercado a ellas. La idea original de estas unidades creadas en todo el país, era realizar actividades de trabajo, principalmente de ayuda a la agricultura. Algunas distorsiones a la idea original hicieron que aparecieran acciones discriminatorias, sobre todo por prejuicios existentes hacia los homosexuales[9]y en menor medida a los que profesaban algún credo religioso. Citando a Monseñor Carlos Manuel de Céspedes, las UMAP ***"fue algo muy triste y, me atrevo a decir, totalmente inexplicable y cruel."***[10] Muchas veces el modo de proceder fue arbitrario y discriminatorio; la Federación de Mujeres Cubanas (FMC), así como varias personalidades se opusieron a esto.[11]

En entrevista con el periodista Ignacio Ramonet, el Líder Histórico de la Revolución cubana, afirmó que ***"jamás la Revolución promovió esos prejuicios; al contrario, la Revolución promovió la lucha contra distintos tipos de prejuicio".***[12] A pesar de esto, existían personas que creyendo actuar bien, atentaban de forma directa contra uno de los elementos esenciales de todo Estado: la población.

Citando a Tomás Fernández Robaina "***las UMAP deben estar siempre presente en la memoria colectiva, no para animar un resentimiento (…), sino para que***

[8] Se llevaron a cabo entre los años 1965-1968.
[9]Castro Ruz, Fidel: Cien Horas con Fidel, Conversaciones con Ignacio Ramonet: Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 2006, p. 255.
[10] Báez, Luis y Pedro de la Hoz: "No es hombre de rencores", en Monseñor Carlos Manuel de Céspedes se confiesa, Ediciones Abril, 2015, p. 101.
[11] Castro Espín, Mariela: Entrevista concedida al investigador y escritor Salim Lamrani.
[12]Castro Ruz, Fidel: Ob. Cit. p. 256.

tengamos siempre en nuestras mentes lo que debe evitarse, lo que no debe resurgir, en una sociedad socialista y martiana como la nuestra."[13]

2.2. Quinquenio 1971-1976.

El período comprendido entre los años 1971-1976[14] también dejó sus huellas negativas para el Derecho a la Igualdad y la No Discriminación en Cuba. Ambrosio Fornet, citado por Monseñor Carlos Manuel de Céspedes en entrevista concedida a Luis Báez y Pedro de la Hoz, lo denomina "Quinquenio Gris".

Según especialistas el ostracismo[15] del cual fueron víctimas los homosexuales durante este período fue mucho peor que lo que tuvieron que sufrir en la UMAP. Etapa "sombría" que tuvo un impacto terrible en la vida personal y profesional de los "parametrados". En el Congreso Nacional "Educación y Cultura" en 1971, se establecieron parámetros exclusivos contra los que presentaban una orientación sexual distinta de lo que se consideraba la norma. Así, no podían ni trabajar en el mundo de la educación, es decir, ser maestros o profesores, ni en el universo de la cultura.

Se consideraba, de modo muy arbitrario, que serían malos ejemplos para los niños y los alumnos y que por lo tanto había que alejarlos de la juventud.[16] A pesar de que no quedaban a su suerte, se les prohibía trabajar en las labores antes mencionadas y por tanto eran discriminados.

Igual "suerte" corrieron muchos intelectuales durante esta etapa por distintas razones, entre ellas, y siguiendo el criterio de Cintio Vitier, quien fue uno de los relegados, **"todos eramos mal vistos porque no hacíamos una poesía de consigna, que ellos entendían como poesía social. Ese período lo recuerdo**

[13] Fernández Robaina, Tomás: "El proyecto revolucionario y los homosexuales", VII Conferencia Internacional Antropología 2004, noviembre 24 al 26, en Cuba Arqueológica www.cubaarqueologica.org.

[14] El autor del presente trabajo considera atinado, para un mejor estudio, citar el nombre que en ese entonces recibieron los años. 1971: Año de la Productividad; 1972: Año de la Emulación Socialista; 1973: Año del XX Aniversario del Moncada; 1974: Año del XV Aniversario del Triunfo de la Revolución; 1975: Año del I Congreso.

[15] Aislamiento voluntario o forzoso de una persona.

[16] Castro Espín, Mariela: Entrevista concedida al investigador y escritor Salim Lamrani.

como algo muy injusto, pero por eso (…) no varió mi actitud hacia la Revolución".[17]Otros de estos intelectuales fueron Fina García Marruz, Virgilio Pinñera y Lezama Lima. Este último muere en 1976, y a pesar de lo que le tocó vivir durante estos años, no hizo nada por irse del país y no existe declaración alguna suya de carácter público en contra del gobierno o sus dirigentes de primera fila.

Esta etapa duró hasta 1976, fecha en que se crea el Ministerio de Cultura y comienza a ser dirigido por el Dr. Armando Hart Dávalos. La Resolución que se aprobó en 1971 y que apartaba a los homosexuales de los mundos de la educación y de la cultura se declaró inconstitucional en 1976, tras la adopción de la nueva Constitución de ese año, adoptándose otra política a nivel educacional y cultural. Mostrábamos nuestra decisión de que los valores humanos debían estar por encima de cualquier prejuicio discriminatorio.

3. Período posterior a 1976 y hasta la Reforma Constitucional de 1992.

El pueblo de Cuba, a través de asambleas en que participaron más de seis millones de ciudadanos, discutió el Anteproyecto de Constitución redactado por la Comisión Mixta del Partido y Gobierno[18] nombrada por acuerdo conjunto del Buró Político del Partido Comunista de Cuba y el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, adoptado el veintidós de octubre de mil novecientos setenta y cuatro.

La Constitución de la República fue proclamada el 24 de febrero de 1976. Se dejaba atrás la Ley Fundamental de 1959, con todas sus enmiendas y transformaciones y diecisiete largos años de provisionalidad del gobierno y las formas estatales.[19]

La nueva Constitución recogió el tema de la Igualdad en su Capítulo V, artículos del 40 al 43, evidenciando el interés del Estado en un tema tan vital como el tratado. Sin

[17] Entrevista concedida a Ciro Bianci y citado por Monseñor Carlos Manuel de Céspedes a los escritores Luis Báez y Pedro de la Hoz.
[18] Constitución de la República de Cuba, Tesis y Resolución, Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 1976.
[19] Méndez López, Josefina A. y Daniela Cutié Mustelier: "La Constitución cubana de 1976: entre la estabilidad y el cambio", en Ana María Álvarez Tabío y Andry Matilla Correa (Coordinadores), El Derecho Público en Cuba a los inicios del Siglo XXI, Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío, Editorial UH, La Habana, 2011, p. 157.

embargo, si comparamos lo postulado en la Constitución de 1940 y la Ley Fundamental de 1959 sobre el Derecho a la igualdad, podemos advertir, según criterio del autor, que en el Texto de 1976 hubo un leve retroceso a la hora de plantear el asunto. En el Artículo 41, al hacer referencia al tema, el legislador obvió la frase ***"otra lesiva a la dignidad humana"***, considerada necesaria y que aparecía en los Textos Constitucionales antes citados***.***

Si bien la frase por sí sola no vendría cual varita mágica a solucionar los problemas existentes en el ámbito de la discriminación, sí dejaría una brecha abierta para posibles inclusiones de otras manifestaciones no recogidas y que dañarían a la sociedad.

Quizás parezca una omisión insignificante y sin consecuencias posteriores, pero la realidad era que al realizar una lectura, sólo aparecían como proscritas por la Ley y sancionadas, la discriminación por motivo de raza, color, sexo u origen nacional. Quedaría entonces a consideración de la sociedad, otras manifestaciones discriminatorias que estaban presentes en el día a día, pero sobre las cuales la Constitución no hacía pronunciamiento alguno de forma directa o indirecta si queremos llamarlo de esta forma. A esto no escaparían los operarios del Derecho a la hora de interpretar la norma constitucional.

Ser partícipes o no de estas manifestaciones recaería ahora en el plano de las conciencias, y como reza uno de los principios generales del Derecho, lo que no está prohibido está permitido.[20]En caso de presentarse estaríamos atados de pies y manos a la hora de distinguir si se violaba o no algún Derecho. De esta forma, sólo se considerarían motivos de discriminación los enunciados en el Código Político y no daría posibilidad de considerar como discriminatorio, entre otras, el rechazo por profesar alguna creencia religiosa, padecer alguna discapacidad, o mostrar una orientación sexual distinta a la que se consideraba como norma.

[20] Pérez Echemendía, Marzio Luis y José Luis Arzola Fernández: Expresiones y términos jurídicos, Editorial Oriente, Santiago de Cuba, 2009, p. 17.

Según criterio del autor, justificar los errores cometidos en esta etapa en un asunto tan vital como la Igualdad y la No Discriminación por esta omisión voluntaria o involuntaria de la Ley de Leyes, sería hacerle un vago favor al Derecho, pero es innegable que de haberse incluido la frase ***"otra lesiva a la dignidad humana"***, hubiese sido más fácil combatir estas otras manifestaciones de Discriminación que tomaron fuerza y causaron daños visibles a una sociedad en cambio.

La discriminación por ostentar algún credo religioso, otra de las manifestaciones no incluidas en la Carta Magna de 1976, también estuvo presente en esta etapa. En fecha tan temprana como el 13 de marzo de 1962, el Dr. Fidel Castro, en la velada conmemorativa del heroico "Asalto a Palacio" y de la muerte de José Antonio Echevarria, celebrada en la escalinata de la Universidad de La Habana, sentenciaba que ***"un revolucionario puede tener una creencia, puede tenerla. La Revolución no obliga a todos los hombres, no se mete en su fuero interno, no excluye a los hombres; a todos los hombres que quieren a su patria, los hombres que quieran que en su patria haya la justicia, se ponga fin a la explotación, al abuso, a la odiosa dominación imperialista, no los obliga ni los hace desgraciados sencillamente porque tengan en su fuero interno alguna idea religiosa"***[21]Aunque cueste decirlo, no todos los llamados "revolucionarios" entendieron esto, y si lo hicieron, disimularon muy bien su descuido.

El argumento a estas acciones recaía en que al principio hubo conflictos entre la Revolución y algunas iglesias, prejuicios que alimentaron antisocialistas por un lado y antirreligiosos por otro.[22] Pero, ***¿qué culpa tiene de eso un buen católico, un católico sincero, que sea miliciano, que esté con la Revolución, que esté contra el imperialismo, que esté contra el analfabetismo, que esté contra la explotación del hombre por el hombre, que esté contra todas las injusticias sociales? ¿Qué culpa tiene?[23], (…) "para luchar contra el imperialismo y para***

[21] Bell Lara, José, Delia Luisa López García y Tania Caram León: "Contra el sectarismo y mecanicismo", en Documentos de la Revolución Cubana 1962, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009, p. 200.
[22] Castro Ruz, Fidel: Ob. Cit. p. 257.
[23] Bell Lara, José, Delia Luisa López García y Tania Caram León: Ob. Cit. p. 201.

luchar contra el latifundismo y para luchar contra la explotación no es obstáculo que uno sea creyente, tenga una religión, sea cristiano, sea de cualquier religión, y el otro sea marxista".[24] Aunque estas palabras eran esclarecedoras, no tuvieron arraigo en la Ley Suprema, o al menos no de forma evidente en el capítulo dedicado a la Igualdad.

No sólo estaban ausentes en los artículos 40 y 41, tampoco aparecían en el 42. Este último añadía a su lista de olvidos la razón del ***"sexo"*** a la hora de tener acceso a todos los cargos y empleos del Estado, ascender a todas las jerarquías de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, percibir salario igual por trabajo igual, entre otros beneficios postulados.[25]

Pero no todo fue malo en esta etapa que algunos han preferido olvidar por todo lo que significó en el ámbito de lo personal para miles de cubanos. La Constitución de 1976, según criterio de Danelia Cutié Mustelier, al cual se acoge el autor del presente artículo, ***"reconoció un amplio catálogo de derechos y libertades a los ciudadanos e individuos, no restringiéndolos a los derechos de la primera generación sino ampliándolos con la incorporación de los de segunda generación y en cierta medida sienta las bases para la futura enumeración de los derechos de la tercera generación"***.[26]

Mucho logramos en el tema de la no discriminación por color de la piel y sexo. Poco a poco fueron quedando en el olvido, aunque no desaparecidos del todo, falsos prejuicios contra la población negra. La lucha contra la discriminación racial se convirtió en un principio sagrado.

El artículo 43 reconocía el Derecho de las mujeres a gozar de iguales derechos que el hombre en lo económico, político, social y familiar. En una sociedad lastrada por siglos de machismo, ***"luchar contra la discriminación de la mujer se hizo tarea***

[24] Ídem. p. 202.
[25] Artículo 42, Constitución de 1976 sin reformar.
[26] Cutié Mustelier, Danelia: "Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a cuarenta años de vigencia", en La Constitución cubana de 1976: Cuarenta años de vigencia, coordinado por Andry Matilla Correa, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.

dura: hasta llegó a proclamarse un código de carácter moral, el Código de Familia: la obligación para los hombres de compartir con las mujeres las tareas del hogar, la cocina, la atención a los hijos. Se avanzó mucho en ese terreno".[27]

4. El Derecho a la Igualdad y la No Discriminación posterior a la Reforma Constitucional de 1992.

Mucho más profunda y abarcadora fue la segunda de las reformas a la Ley de Leyes cubana, llevada a efecto en el año 1992, luego del derrumbe del socialismo en los países de Europa del Este y la URSS. Se necesitaba adecuar la Constitución a las nuevas condiciones históricas. Todo esto se llevó a cabo dentro de la llamada etapa de Período Especial.

Con la reforma se garantizó y amplió el ejercicio de numerosos derechos y libertades fundamentales, y los derechos civiles y políticos de los ciudadanos y extranjeros, tal como se expresa en la nota explicativa que encabeza las ediciones de ese texto legal. Teniendo en cuenta el número de artículos modificados (77 de 141 con que contaba), se considera una reforma de grandes dimensiones; adicionándosele además tres capítulos: **Extranjería, Estado de Emergencia y División Política Administrativa.**[28]

La reforma se hizo sentir en el capítulo dedicado al tema de la Igualdad, que ahora pasaba a ser el VI. Haciendo un análisis del mismo, podemos advertir que el artículo 41 (anteriormente 40) no sufrió variación alguna en su redacción. Mantuvo como principio rector que ***"Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes"***. En el caso del artículo 42 (en la Constitución sin reformar 41), se aprecia un enriquecimiento en cuanto a posibles formas de discriminación.

A los ya recogidos motivos de ***raza, color, sexo y origen nacional***, se sumaron las ***creencias religiosas*** y la inclusión nuevamente de la frase ***otra lesiva a la dignidad***

[27] Castro Ruz Fidel: Ob. Cit. p. 265.
[28] El texto sin reformar de 1976 contenía 12 capítulos y 141 artículos, luego de la reforma de 1992, presenta 15 capítulos y 137 artículos.

humana[29]; expresión esta que por lo poco esclarecedora que puede tornarse en ocasiones, aunque no se descarta su utilidad, es considerada por el autor como oscura al no brindar una fórmula exacta sobre las acciones que pueden o no ser incluidas en ella.

Uno de los artículos añadidos mediante la reforma, y que hacían posible una mejor interpretación al tema de la no discriminación por profesar algún credo religioso es el número 8, recogido en el Capítulo I, Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado. En él se deja claro, entre otras cosas, que ***"El Estado reconoce, respeta y garantiza la libertad religiosa".***

Este sin dudas fue un tremendísimo logro al tema de la igualdad en nuestro país, sin dejar de mencionar que ya en los Estatutos del Partido, aprobados un año antes, se expresó claramente que, en la práctica de los procesos de crecimiento quedaba abolida toda interpretación que entrañara negar a un revolucionario de vanguardia, en razón de sus creencias religiosas, el derecho de aspirar a ser admitido en el partido.

A esto se sumaba el artículo 55[30] Capítulo VII, Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, que en la Constitución sin reformar era el 54 y su redacción favorecía el ejercicio de estas libertades. Ahora no sólo se reconocía y garantizaba la libertad de conciencia, sino también de religión, la cual se respetaba y a su vez avalaba la libertad de cada ciudadano a cambiar de creencias religiosas o no tener ninguna. La no discriminación por profesar algún credo religioso también fue añadida al artículo 43, haciendo posible su aplicación de una forma más abarcadora y apegada al principio de Legalidad.

En el artículo 44 (artículo 43 hasta 1992) quedaron recogidos los logros alcanzados por erradicar la discriminación contra la mujer. Esta vez con una redacción más rica

[29] Recordemos que esta frase aparecía recogida en la Constitución de 1940 y la Ley Fundamental de 1959, no así en la Constitución de 1976.

[30] Artículo 55, Constitución reformada: El Estado, que reconoce, respeta y garantiza la libertad de conciencia y de religión, reconoce, respeta y garantiza a la vez la libertad de cada ciudadano de cambiar de creencias religiosas o no tener ninguna, y a profesar, dentro del respeto a la ley, el culto religioso de su preferencia.
La ley regula las relaciones del Estado con las instituciones religiosas.

se reconoce que ***"la mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, social y familiar"***, añadiéndose a esta lista, lo ***"cultural".***

Otra inclusión necesaria fue la relacionada al papel del Estado para 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, así como incorporar las opciones laborales temporales compatibles con su función materna. A poco más de tres décadas de Revolución este era un logro que hablaba por sí solo.

4.1. Referencia a la No Discriminación por Orientación Sexual.

A pesar de todos estos cambios necesarios y urgentes que quedaron plasmados con la reforma, el autor considera que el artículo 42 quedó nuevamente atrapado en el tiempo, o si queremos llamarlo de otra forma, en los "prejuicios"; no del todo, pero sí en parte.

Desde diciembre de 1973 la Asociación Psiquiátrica Americana había declarado que la homosexualidad no era un desorden mental o enfermedad y en 1990, desapareció del Manual de Clasificación de las Enfermedades Mentales de la Organización Mundial de la Salud. En el ámbito nacional había dejado de ser considerada como un delito por nuestro Código Penal[31], y aun así el legislador no la incluyó dentro de las posibles formas por las que a una persona se le podía violar su Derecho a la Igualdad.[32]

Cualquiera que haya sido la razón, soy del criterio que no había justificación alguna para dejarla fuera o a la libre inclusión "concienzuda" del encargado de aplicar la Ley.

[31]Artículo 359: Se sanciona con privación de libertad de tres a nueve meses o multa hasta doscientas setenta cuotas o ambas al que: a) haga pública ostentación de su condición de homosexual o importune o solicite con sus requerimientos a otro; b) realice actos homosexuales en sitio público o en sitio privado pero expuesto a ser visto involuntariamente por otras personas.

[32] En Cuba el proceso de despenalización se hizo en 1979, pero sólo en 1997 se eliminaron las últimas referencias discriminatorias del Código Penal cubano.

Nuevamente chocaríamos de alguna forma con el tan popularizado y ya citado principio general del Derecho, de que lo que no está prohibido está permitido[33]

Para muchos, esta forma de discriminación quedó recogida en la reforma de 1992 dentro de la frase ***"otra lesiva a la dignidad humana"***, pero si es así, ¿por qué se privilegian la no comisión de algunas manifestaciones plasmándolas de forma directa en la Constitución y se dejan otras a consideración de quien interpreta la Ley? ¿Acaso no constituyen todas un retroceso incuestionable al Derecho de Igualdad? ¿Es que unas son más importantes que otras para el Estado?. La especial mención de la No Discriminación por Orientación sexual en el artículo 42 de forma expresa, traería consigo una protección jurídica reforzada del mismo.

Sin ánimo de comparar estas formas, si hubiese que excluir alguna para incluir otras, la discriminación producto del origen nacional no causó tanto daño en la sociedad que se comenzó a construir a partir de 1959, como la ocasionada por la orientación sexual de las personas. Encontrar razones suficientes y con argumentos sólidos y convincentes en esta etapa, para demostrar que la discriminación por origen nacional superaba con creces a la vivida por razones de orientación sexual y por tanto no se hacía necesario que estuviese incluida de forma directa en la nueva redacción del artículo 42 y 43 es algo difícil de demostrar. Tampoco considero atinada la suposición de que en ese entonces no se contaba con el nivel de preparación actual sobre el tema, y por tanto la población "no estaría preparada" para asimilar una afirmación de esta magnitud en la Carta Magna.

Pero como reza un viejo refrán, no se trataba de "desvestir un santo, para vestir otro"; lo urgente era que el artículo 41 viniera a reflejar las principales formas de discriminación que atentaban contra la sociedad, y ante las cuales las instituciones del Estado deberían continuar educando a todos, desde la más temprana edad, en el principio de igualdad de los seres humanos[34]; una realidad que ahora se presentaba a medias. Seguiría siendo una labor difícil combatir este tipo de discriminación si la

[33] Pérez Echemendía, Marzio Luis y José Luis Arzola Fernández: Expresiones y términos jurídicos, Editorial Oriente, Santiago de Cuba, 2009, p. 17.
[34] Segunda parta del Artículo 42, Constitución cubana.

Constitución no la recogía de forma explícita en su articulado y ninguna otra normativa de menor rango hacía alusión a ella.

5. Reforma Constitucional de 2002. Aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En el año 2002 se lleva a cabo otra Reforma constitucional. En ella no se realiza ningún pronunciamiento sobre el tema de la Igualdad y la No Discriminación. Se efectúa en respuesta a las manifestaciones injerencistas y ofensivas del Presidente de los Estados Unidos de América. Quedó 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.[35] Ante esto se aprobó la Ley de Reforma Constitucional el 26 de junio de 2002.

Posterior a esto se promulga un documento de gran trascendencia para el Derecho a la Igualdad y la No Discriminación a nivel mundial; la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, constituyendo así el colofón de un largo proceso en el que intervinieron múltiples actores de la propia organización.[36]Este instrumento internacional supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, entre las cuáles se destaca, citando a Caridad del Carmen Valdés Díaz[37]***"la visibilidad de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el***

[35] Nota a la Constitución, Ministerio de Educación, Cuba, 2009.
[36] Valdés Díaz, Caridad del Carmen: La discapacidad desde un enfoque público y privado, en Derecho Civil Constitucional, coordinado por Carlos Villabella Armengol, Leonardo B. Pérez Gallardo y Germán Molina Carrillo, Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Universidad de la Sabana, 2014, p. 134.
[37] Ob. Cit. p. 135.

contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas".

El propósito de la Convención, es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad.[38]Luego de la aprobación de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la mayoría de las constituciones iberoaméricanas han reformulado su articulado o han incluido en la nueva formulación del texto normativo preceptos amparadores encaminados a potenciar la protección de este importante grupo vulnerable, en razón de sus capacidades especiales.

No se trata sólo de incluir en el texto constitucional la No Discriminación por Orientación Sexual, sino también por Discapacidad, logrando de esta forma un Código Político donde la exclusión no encuentre cabida.

6. Conclusiones

Actualmente Cuba ha avanzado de forma considerable en el tema de la Igualdad y la no Discriminación. Sin embargo, aún no podemos estar satisfechos, pues continúa siendo necesario la inclusión de ellos en el texto constitucional cubano.

Si hacemos una comparación con algunos de los Códigos Políticos de la región, podemos observar cómo al hacer referencia al tema de la Igualdad y la No Discriminación, lo realizan de una forma más abarcadora e inclusiva. Tal es el caso de la Constitución de Ecuador[39], México[40], Paraguay[41]y Uruguay[42]por citar algunos

[38] Artículo 1 de la citada Convención.

[39] Artículo 23.3 (Constitución de Ecuador): La igualdad ante la Ley: Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier índole.
Artículo 23.5: El derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.
Artículo 23.25: El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual.

[40] Artículo 1 (Constitución de México): Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las

ejemplos. Las categorías recogidas en el artículo 42 bien podrían ampliarse en futuras reformas a la Ley Suprema.

La Educación Cívica forma parte imprescindible en estos cambios que ya se hacen más que necesarios en una nación donde el postulado martiano de una patria con todos y para el bien de todos no debe convertirse en letra muerta o en el nunca mejor de los casos aparentar quedar en el olvido. Dejar a un lado viejos prejuicios y continuar perfeccionando el sistema de Derechos de los ciudadanos y con ellos sus garantías, continuará siendo tarea impostergable para el Derecho cubano.

Bibliografía

- Báez, Luis y Pedro de la Hoz: "No es hombre de rencores", en Monseñor Carlos Manuel de Céspedes se confiesa, Ediciones Abril, La Habana, 2015.
- Bell, José, Delia Luisa López y Tania Caram: Documentos de la Revolución cubana 1959, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006.
- _____: Documentos de la Revolución Cubana 1962, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009.
- Buch, Luis M. y Reinaldo Suárez Suárez: Gobierno Revolucionario cubano. Primeros pasos, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009.
- Castro Espín, Mariela: Entrevista concedida al investigador y escritor Salim Lamrani. S/F.
- Castro Ruz, Raúl: Directrices contenidas en el Discurso de Clausura del VII Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el Palacio de Convenciones, 19 de abril de 2016.
- Cutié Mustelier, Danelia: "Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a cuarenta años de vigencia", en La Constitución

opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

[41] Artículo 25 (Constitución de Paraguay): De la expresión de la personalidad: Toda persona tiene el derecho a la libre expresión de su personalidad, a la creatividad y a la formación de su propia identidad e imagen.

[42] Artículo 8 (Constitución de Uruguay): Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellos sino la de los talentos o las virtudes.

cubana de 1976: Cuarenta años de vigencia, coordinado por Andry Matilla Correa, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.

- Fernández Robaina, Tomás: "El proyecto revolucionario y los homosexuales", VII Conferencia Internacional Antropología 2004, noviembre 24 al 26, en Cuba Arqueológica www.cubaarqueologica.org.
- Méndez López, Josefina A. y Daniela Cutié Mustelier: "La Constitución cubana de 1976: entre la estabilidad y el cambio", en Ana María Álvarez Tabío y Andry Matilla Correa (Coordinadores), El Derecho Público en Cuba a los inicios del Siglo XXI, Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío, Editorial UH, La Habana, 2011.
- Pérez Echemendía, Marzio Luis y José Luis Arzola Fernández: Expresiones y términos jurídicos, Editorial Oriente, Santiago de Cuba, 2009.
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen: La discapacidad desde un enfoque público y privado, en Derecho Civil Constitucional, coordinado por Carlos Villabella Armengol, Leonardo B. Pérez Gallardo y Germán Molina Carrillo, Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Universidad de la Sabana, 2014.
- Ramonet, Ignacio: Cien Horas con Fidel, Conversaciones con Ignacio Ramonet: Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 2006.

Legislación Consultada:

- Constitución de 1940
- Ley Fundamental de 1959
- Constitución de la República de Cuba (1976 – Sin reformar)

Constitución de la República de Cuba (Con las reformas del año 1978, 1992 y 2002)

- Código Penal de la República de Cuba
- Constitución de Ecuador
- Constitución de México
- Constitución de Paraguay
- Constitución de Uruguay

- Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006

La queja como derecho constitucional, bases teóricas para la fundamentación de un derecho homogéneo y unitario

NOSLEN GONZÁLEZ MORA*

MILADYS CARMONA GONZÁLEZ**

LÁZARO M JIMENES GONZÁLEZ**

Introducción

El Derecho a la Queja ha sido un tema de discusión mundial, sobre él cual no se ha logrado un acuerdo para su reconocimiento, ni una única forma para el tratamiento de su ejercicio. Es sin duda una problemática vigente la del tratamiento del ejercicio del derecho a la queja. Según las cifras emitidas por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el 2006, más del 25% de la población mundial es víctima de la trasgresión de uno de sus principales derechos políticos: "el derecho de quejarse ante las autoridades competentes y que las mismas le pronuncien una respuesta a la queja presentada por los ciudadanos."[43]

En el propio informe refiere que, para regir toda la política referente a los derechos humanos, la Organización de Naciones Unidas invistió de tal responsabilidad a la Comisión de los Derechos Humanos, establecida en 1946 como parte de la política orientadora de la Asamblea General de apoyarse en una serie de órganos intergubernamentales para tratar todo en esta materia. Su principal función se delimita al estudio, la elaboración y la codificación de las normas internacionales y vigilar la observancia de los derechos humanos en todo el mundo. Pese a los grandes esfuerzos realizados por los sujetos internacionales, solo cincuenta y tres estados son miembros de dicha comisión y

*Licenciado en Derecho. Profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Artemisa, Cuba.
**Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Penal. Fiscal provincial. Fiscalía provincial de Artemisa.
**Licenciado en Derecho. Coordinador de la Carrera Derecho, CUM San Cristóbal, Universidad de Artemisa, Cuba.
[43] Informe Naciones Unidas, Cede Nueva York, Estados Unidos de Norteamerica, año 2006.

no todos responden de igual manera a la preocupación presentada por la comunidad internacional.

El cumplimiento de la garantía constitucional que aseguran hoy los derechos humanos no representa en la actualidad una prioridad para una parte importante de los gobiernos en el mundo. Un ejemplo contundente es que ninguna de las cinco naciones que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, estipula en su Carta Magna[44] el derecho a la queja como una de las principales facultades humanas, surgidas dentro de los derechos de primera generación[45].

A nivel mundial resulta complejo analizar el asunto del derecho a la queja, pues en los países desarrollados, el régimen imperante y el tipo de propiedad predominante, impiden al Estado poder efectuar un control exhaustivo del cumplimiento de lo que expone la Declaración Universal de los Derechos Humanos[46], en lo que respecta al derecho a la queja. El procedimiento utilizado para solucionar dicha problemática no es efectivo porque casi nunca trasciende hasta los niveles con autoridad para dirimir acerca de su cumplimiento y, en la mayoría de los casos, este derecho se le vulnera a los ciudadanos.

En Cuba, es un precepto garantista de nuestra Carta Magna[47] que cualquier ciudadano cubano que haya sido objeto de un trato o respuesta inadecuada por parte de las autoridades competentes, las mismas están en la obligación de ofrecerle la atención y respuesta pertinentes en el plazo adecuado, conforme a la ley. En el sistema político cubano es una premisa fundamental el derecho de establecer una queja como mecanismo de defensa del ciudadano cubano, ante las posibles arbitrariedades de los órganos de poder y funcionarios públicos; así

[44] Constitución de los Estados Unidos, Prieto Valdés, Martha (1991), Selección de textos constitucionales, primera parte, La Habana, Universidad de la Habana.
[45] DECLARACION DE DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO, YÁÑES GARCÍA, ROSA M. y Delio CARRERAS CUEVAS (1991), Selección de lecturas y documentos sobre la historia general del Estado y el derecho, primera parte, La Habana, MES.
[46] Pérez Luño, Enrique, Derecho humanos, Estado de derecho y Constitución, p, 96.
[47] Constitución de la República de Cuba, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición No 3, del 31 de enero de 2003 artículo 63.Editora Política, La Habana,2010.

como otras que a menudo vulneran derechos que atañen al ciudadano. Se entiende por autoridades y servidores públicos, las personas que laboran para el Gobierno y, por lo mismo, devengan un salario. Tal es el caso de los agentes de la policía, elementos de seguridad pública y tránsito, agentes del ministerio público, entre otros.

Se constató que a pesar de que se le da tratamiento a la queja por parte de los funcionarios de la Fiscalía General de la República en Artemisa, no existe un instrumento jurídico genérico apropiado y su reglamento de aplicación que garantice el cumplimiento estricto de la legalidad socialista.

Por lo que se considera necesario la fundamentación de las bases teóricas que permita un tratamiento adecuado a la queja ciudadana por parte de los funcionarios públicos responsabilizados con su trámite y respuesta al demandante.

En la fase exploratoria del problema de esta investigación, por medio de entrevistas y análisis de fuentes documentales correspondientes, se constató como situación problemática:

- en el período comprendido entre el año 2014 y 2015, hubo un número importante de quejas en la provincia de Artemisa, y la efectividad del tratamiento jurídico vigente, así como de las acciones y procedimientos que contemplan su ejercicio no tuvo la efectividad debida, pues resultó afectado el derecho subjetivo , y la respuesta obtenida a través de la acción jurisdiccional fue insuficiente y poco efectiva ante las partes litigantes.

- existen mecanismos, que son deficientes para la protección del derecho a la queja por las personas naturales ante las autoridades competentes.

- la mayor parte de los funcionarios que deben tramitar las quejas y responderlas, carece de una capacitación efectiva para cumplir estos preceptos legales.

- en ocasiones se aprecia una actuación irresponsable de los funcionarios que deben ofrecer respuestas o soluciones concretas a los afectados,

- en ocasiones se viola el término establecido para ofrecer respuesta.

- la respuesta a una queja en muchas ocasiones no se ofrece y se entorpecen la tramitación y agilizaciòn de disímiles trámites y actos jurídicos de las personas;

- si bien el Estado tiene el deber de analizar y entender que esta defensa también está en sus manos, no están estipulados instrumentos jurídicos genéricos que le permita a la Fiscalía General de la República orientar al perjudicado y ofrecerle una respuesta que le permita la restitución de sus derechos vulnerados.

- Aunque, como derecho garantista la Queja ha ido ganando fuerza y espacio en el actuar cotidiano de la población artemiseña –como instrumento para la reclamación de derechos de diversas esferas de la vida práctica o ante la lesión por la actuación o disposiciones generales o particulares de dirigentes, funcionarios o agentes estatales-, presentándose en diversos escenarios: ante el Partido Comunista de Cuba, en los municipios y cabecera provincial, ante los organismos de la Administración Central y locales, los Órganos del Poder Popular municipal y provincial y la Fiscalía General Municipal o Provincial; sin embargo, existe desconocimiento por la mayor parte de la ciudadanía en cuanto a su derecho constitucional de queja y la obligación de las autoridades o funcionarios de ofrecer respuesta a la queja en el término que la ley establece.

De estas problemáticas brotan problemas que esencialmente están relacionados con la falta de instrumentos jurídicos genéricos para el tratamiento por parte de la Fiscalía a las quejas de los ciudadanos en la provincia Artemisa y la capacitación de funcionarios y de la ciudadanía en relación con el tratamiento a la queja.

Por el carácter esencial que tiene la Fiscalía General de la República de velar por el estricto cumplimiento de la legalidad socialista[48], se ha decidido realizar una investigación en cuanto a la necesidad de aprobar instrumentos jurídicos genéricos apropiados y sus reglamentos de aplicación, para el tratamiento de la queja formulada por un ciudadano.

Al seleccionar esta temática se ha elegido la queja desde el punto de vista constitucional y no procesal de ahí que se haya escogido una institución vinculada

[48] Ley 83, de 1997, Ley de la Fiscalía General de la República, artículo 17.

a la realidad cotidiana; el derecho a la queja, por la actualidad de su formulación y por la necesidad de un acercamiento científico a su problemática.

El análisis de esta temática en los Estados Europeos, en atención a las fuentes que le han sido posible consultar al autor, evidencia que en la Carta Magna de los estados europeos[49] se establece que la queja podrá interponerse por el afectado, o en su defecto un familiar, amigo o alguien quien tenga interés en el caso; y si existe la urgencia, la queja se puede presentar por cualquier medio de comunicación electrónica, inclusive por teléfono. Las quejas pueden presentarse dentro del término de un año, contado a partir de la fecha en que las violaciones hayan ocurrido o se hayan conocido, al que deberán anexársele, si se tiene, todos los documentos y la información que sirva como sustento y fundamentación de la misma.

En Cuba, el análisis de las fuentes disponibles para el autor, evidencian que la queja ha sido considerada históricamente como institución del Derecho Administrativo, y como instrumento de reclamación de derechos e intereses legítimamente tutelados frente a la Administración, y es también considerada por otros autores como institución de Derecho Constitucional en dependencia del contenido de la reclamación y del tipo de órgano ante el cual se dirige, a partir de su regulación como derecho fundamental de los ciudadanos en la Constitución, la cual se practica para la exigir la protección y defensa de los derechos de cualquier otra índole que no sea la vía administrativa.

La responsabilidad constitucional que se le confiere a la Fiscalía según la Ley No 83[50] de velar por la legalidad aún y cuando las actuaciones y decisiones que emanan del Fiscal ante las quejas y peticiones no tengan carácter vinculante, sí implican y conllevan a resultados satisfactorios, teniéndose en cuenta que los ciudadanos confieren gran importancia a estas entrevistas con los fiscales y se sienten a su vez protegidos y defendidos ante determinadas vulneraciones.

[49] Constitución Política de la Monarquía Española, 1976.
[50] Ley No 83 de 1997, Ley de la Fiscalía General de la República, artículos 17, 18.a, 24.1.2

La Instrucción del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante interpretación extensiva, estipula que tienen acceso a la vía judicial las impugnaciones de los Actos discrecionales de la Administración que afecten a tercero o de lesividad manifiesta, pero tiene también como límite la necesidad de declaración administrativa previa, mediante un proceso gubernativo. Si se tiene en cuenta esta Instrucción es válido el análisis del precepto constitucional que se encuentra estipulado en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, al disponer la posibilidad de reclamación y obtención de la correspondiente reparación o indemnización ante el daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios y agentes del Estado, con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos.

En relación con el recurso administrativo interno, varios tratadistas cubanos como Josè Ramón Lezcano y Sirce Días Sánchez[51] consideran que es una extensión de lo dispuesto en el artículo 63 de nuestra Constitución, relacionado con el derecho de queja y petición, el mismo plantea que todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en un plazo adecuado, conforme a la ley.

Sin embargo, se opina que en este sentido debe ser analizada la regulación del término autoridad, al no especificar si corresponde a la esfera de la administración u otra esfera estatal, así como tampoco la jerarquía de la misma, lo que provoca que las quejas se presenten ante todo tipo de autoridad estatal, organizaciones políticas, de masas y medios de difusión, ello implica que pueda considerarse doctrinalmente que las quejas también adquieren un matiz político habiendo recibido un tratamiento extralegal. De igual manera se opina que al estar estipulado en un mismo artículo la Queja y la Petición sin diferenciación, esto definitivamente puede incidir negativamente en el ejercicio y en el tratamiento que cada uno de esos derechos debe recibir.

[51] Colectivo de autores, Temas de Derecho Administrativo Cubano, tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004

Desarrollo

El siglo XVIII es considerado en el campo del derecho un resurgir excepcional en la historia de la humanidad por sus transformaciones con tendencias a oponerse a los dogmas y costumbres impuestas en siglos anteriores, donde se pusieron de manifiesto posiciones doctrinales en materia filosófica y en la jurisprudencia dando un giro al derecho trascendental debido a los aportes que en él se hicieron. Estas modificaciones sustanciales se conocieron como el Iluminismo el cual se expandió por el mundo por las exposiciones de sus principales ideólogos, como D' Alembert[52], Rousseau[53], Holbach[54] entre otros. Estas modificaciones también llegaron a sentirse en España al constatar los aportes de las principales figuras del Iluminismo.

Se comenzó a elaborar la idea de redactar una constitución escrita, para que rigiera a toda la nación de forma uniforme, por ende hombres ilustres y de pensamiento avanzado se dieron a la tarea de crear una ley fundamental[55] en la España de ese período. Pese a ello no se logró materializar dichos proyectos en España ya que se consideró que no era necesario ni oportuno tener un gobierno local ni independiente como deseaban los padres fundadores de la vocación constitucionalista. Se materializó dicha aspiración con los documentos como la Declaración de Independencia[56] del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789[57], en Francia[58] así como en todas las constituciones[59] surgidas posteriormente.[60]

Esto se pudo lograr con el llamado movimiento filosófico anteriormente citado, el cual enarbolaba las ideas de los derechos naturales e inalienables, conceptos que

[52] VOVELLE, M. Introducción a la Revolución francesa, Ed. Crítica, Barcelona,1981.
[53] BOIS,J.P. La Revolución francesa, Ed. Historia 16, Madrid, 1989.
[54] Fernández Bulté, Julio: Teoría del Estado y el Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
[55] Carreras, Francesc, El Estado de derecho como sistema, p 21.
[56] DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA, YÁÑES GARCÍA, ROSA M. Y Delio CARRERAS CUEVAS (1991), Selección de lecturas y documentos sobre la historia general del Estado y el derecho, primera parte, La Habana, MES.
[57] Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789.
[58] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Rosa M. Yañes García y Delio J. Carreras Cuevas, Selección de lecturas y documentos sobre historia general del Estado y el derecho, primera parte, pp.26 y ss.
[59] Cfr. Joaquín García Morillo: La Protección judicial de los derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; Luis López Guerra: El derecho constitucional español. Origen y características de la Constitución, en Introducción al Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
[60] Constituciones del 3 de septiembre de 1791 y del 24 de junio de 1793.

constituyen uno de los rasgos fundamentales de la "filosofía de las luces", los cuales deseaban eliminar las caducas leyes impuestas y lograr una renovación y estructuración de la existencia, abarcando siempre los fundamentales problemas filosóficos de la humanidad. Se pueden nombrar figuras cimeras en este período como D' Alembert (1747) y Diderot (1830), Montesquieu (1748), Rousseau (1764), Voltaire (1778), Holbach (1784), además hay que hacer referencia a John Locke (1703) que aunque no perteneció al Iluminismo, sus ideas concordaban con estas figuras.

Por supuesto que Cuba no estuvo exenta de estas transformaciones lo que se puede afirmar con la labor realizada por la Real Sociedad Económica de Amigos del País, el Seminario de San Carlos y la Casa de Educandas y de Beneficencia[61] nutriendo así el Iluminismo cubano. Entre sus figuras cimeras se encontraban Francisco de Arango y Parreño[62] (1793), el ilustre sacerdote José Agustín Caballero[63] (1798), Manuel Triburcio de Zequeira y Arango[64] (1800), entre otros. Debido a sus proyecciones influyeron notoriamente en los inicios del derecho constitucional cubano, y también a la formación de la vocación jurídica cubana.

La burguesía fue quien enarboló la idea de que se adoptara una constitución escrita, que germinó y se desplegó en los últimos años del siglo XVIII; continuando su curso durante el XIX. Las primeras constituciones escritas surgieron en América, antes que en Europa. Siendo la primera la de los Estados Unidos de América[65], aprobada el 17 de septiembre de 1787 y después la francesa en 1791. Bajo el influjo de los principios enarbolados por esta última, se elaboró la española de 1812.

En nuestro archipiélago el constitucionalismo español resultó más evidente que la constitución de otros países[66], pues en su condición de colonia, rigieron las

[61] Fernando Portuondo: Estudios de Historia de Cuba, Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
[62] Francisco de Arango y Parreño: Obras, t.I, Publicaciones de la Dirección de Cultura del Ministerio de Educación, La Habana, 1952, pp 114-174.
[63] Guerra Sánchez, Ramiro: Manual de Historia de Cuba; desde su descubrimiento hasta 1868, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971.
[64] López Francisca, Oscar Loyola y Arnaldo Silva: Cuba y su historia, Editorial Gente Nueva, La Habana, 1998.
[65] Con anterioridad se habían dotado de constituciones: Virginia (12 de junio de 1776), Maryland (3 de noviembre de 1771), Carolina del Norte (14 de diciembre de 1777), Massachusets (25 de octubre de 1780), New Hampshire (2 de junio de 1784).
[66] Villabella Armengol, Carlos M, Derecho constitucional iberoamericano, La Habana, Félix Várela, 2001.

Constituciones dictadas por la Metrópoli[67], como ocurrió con la de Cádiz[68] Por tal motivo se considera que la influencia que tuvo el movimiento iluminista y el movimiento constitucional escrito en el país, son de gran significación pues no se puede dejar atrás las tendencias políticas que imperaban en la isla en el siglo XIX.

El autor afirma lo antes planteado con las corrientes políticas que surgieron en el siglo XVIII como fueron el reformismo[69], el independentismo[70], el anexionismo[71], y abolicionismo[72]. Las aspiraciones de cada una de estas inclinaciones estaban dirigidas a transformar el sistema político imperante en ese periodo, debido a las limitaciones que tenían los criollos en la isla.

Una de las corrientes ideológicas de ese período fue el reformismo[73] que pedían transformaciones en Cuba para su mejor desenvolvimiento en la isla, pero no tenían la intención de separarse de la Metrópoli, los anexionistas[74] que deseaban la separación de Cuba de España y anexarse a los Estados Unidos de América, como un estado más de la unión de esta nación. Los abolicionistas que aspiraban la libertad de los negros esclavos en Cuba, Independentistas[75] que deseaban que Cuba se convirtiera en una república independiente y soberana, con verdadera autodeterminación.

Del independentismo, se puede señalar la figura del bayamés Joaquín Infante, autor del primer Proyecto de Constitución para la Isla de Cuba que se elaboró con el concepto de que rigiera como Ley Suprema de la República que se proponía fundar el movimiento conspirativo[76] de Román de la Luz, del cual él también formaba parte[77].

[67] En en siglo XIX en España se suceden siete constituciones: el Estatuto de Bayona de 1808, la Constitución de Cádiz de 1812, el Estatuto Real de 1834 y las Constituciones de 1837,1845, 1869 y 1876.
[68] Constitución de Cádiz de 1812, Madrid, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (20 de junio de 2009). Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras.
[69] Torres Cuevas, Eduardo, Oscar Loyola Vega: Historia de Cuba 1492-1898 formación y liberación de la nación, Editorial Pueblo y Educación, 2001, pp 87-232.
[70] Félix Varela: Espíritu Público, en Revista Bimestre Cubana, No 9, 1 de enero de 1834, pp. 265-275.
[71] Herminio Portell Vilá: Narciso López y su época, t.I, Cultural S.A., La Habana, 1930, p. 221.
[72] C. Stanley Urban: El temor a la africanización de Cuba (1853-1855), en Revista Bimestre Cubana, vol. LXXII, enero - junio DE 1959, PP. 155-177.
[73] Saco, José Antonio: Colección de Papeles Científicos, Históricos, Políticos, y de otros ramos ya publicados, ya inéditos, Editorial Nacional de Cuba, La Habana, 1963 (tres tomos).
[74] Aguirre Carreras, Sergio: Quince objeciones a Narciso López (anexionismo, esclavitud, mercenarios), Ed. De Ciencias Sociales, La Habana, 1962.
[75] Félix Varela. Los orígenes de la ciencia y la conciencia cubanas, Editorial de Ciencias.
[76] Miranda Álvarez Aurelio: Historia documentada de la masonería en Cuba, Molina, La Habana, 1933.

Este Proyecto que en su cuerpo plasmaba que Cuba sería un gobierno independiente de la Metrópoli, con cuatro poderes: ejecutivo, legislativo, judicial y militar. Confiriéndole al órgano legislativo el control constitucional, o sea la facultad de declaración de inconstitucionalidad de cualquier acto, pone de manifiesto la supremacía de la Constitución, pues la protege de todo tipo de acto, sea normativo o no, asegurando de este modo el respeto a la Ley Fundamental y su jerarquía como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico.

Por lo que teniendo en cuenta esto se afirma que es un antecedente del control constitucional cubano realizado por la Asamblea Nacional del Poder Popular, que se inspiró en el modelo socialista pero se también tiene como antecedente el proyecto realizado por Joaquín Infante[78] con las deficiencias que tuvo su proyecto y su carencia de técnica jurídica, pero a pesar de ello este proyecto fue el primero que trató de independizarnos de la Metrópolis y el primero en presentarse con la estructura de una verdadera constitución.

Francisco de Arango y Parreño[79] (1793), es otro ejemplo fehaciente de la labor constitucionalista en Cuba aunque desde la corriente reformista. Fue el primer criollo que influyó poderosamente en los sucesos de su patria y elaboró un proyecto de Constitución hacia finales de 1811, con el fin de descentralizar el gobierno de Cuba, poner la administración política en manos de los criollos y sustraer de los círculos monopólicos españoles la distribución extranjera de la producción local. Hay que señalar la labor que realizó el célebre sacerdote José Agustín Caballero (1798) con su pensamiento revolucionario, fue uno de los primeros en pensar que Cuba debía tener su propia constitución[80] y su propio gobierno. En 1811 redacta un proyecto de gobierno autonómico, dirigido a las Cortes nacionales por intermedio del diputado Andrés Jáuregui (1812); que, constituyó un valioso documento tanto en el plano político como jurídico, ya que quiso descentralizar el gobierno cubano.

---

[77] Carreras Cuevas, Delio, (1991), Selección de lectura y documentos sobre la historia general del Estado y el derecho, primera parte, La Habana, MES.

[78] Valle, Adrían (del): Historia documentada de la conspiración de la Gran Legión del Águila Negra, Imprenta El Siglo XX, La Habana, 1930.

[79] Francisco de Arango y Parreño: Obras, t. I, Publicaciones de la Dirección de Cultura del Ministerio de Educación, La Habana, 1952, pp. 114 -174.

[80] Villabella Armengol, Carlos: Documentos para el estudio de la historia constitucional cubana, Editora Universitaria, Camagüey, 1986.

Dentro del grupo de cubanos que recibió las influencias del constitucionalismo de ese tiempo estuvo Claudio Gabriel de Zequeira[81] (1855), quien redactó un proyecto de Constitución en forma de instrucciones, con la finalidad de que los diputados a las Cortes lo presentasen en ocasión de ellas. Este documento fue acordado por dicho regimiento el 12 de abril de 1822, en el cual propone algunas modificaciones a la monarquía española. Dicho proyecto proponía igualmente un gobierno local, dependiente de España, con los poderes administrados separadamente, concediéndole amplias facultades al poder legislativo.

En Cuba se realizaron otros proyectos constitucionales[82] que trataron de dotar a la isla una identidad propia, con autodeterminación verdadera, sin que nadie interfiriera en nuestros asuntos internos, a pesar de ello todos los proyectos fueron frenados, pero sirvieron de base y contribuyeron en la historia constitucional cubana para el ulterior desarrollo del constitucionalismo en Cuba y las constituciones venideras, teniendo en cuenta el derecho que posee un ciudadano de reclamar y exigir que se restablezca sus derechos cuando estos hayan sido lacerados por un funcionario público.

Antecedentes y fundamentos de los Derechos Humanos en Cuba.

La Constitución de Francia fue un ejemplo trascendental con los aportes que hizo en su tiempo a los Derecho Humanos[83] fue proclamada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Constituyente la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano[84], por la que se establecía que los hombres son iguales y libres en derecho, y se recogen como derechos sagrados e inviolables la libertad personal, la libertad de palabra, la de conciencia y la seguridad, entre otros.

Se trató de establecer un sistema jurídico general de protección a los seres humanos, se presentan precisamente para salvaguardar y proteger a las víctimas de la guerra y

[81] Torres Cueva, Eduardo, Oscar Loyola Vega: Historia de Cuba 1492 - 1898 Formación y Liberación de la Nación, Editorial Pueblo y Educación, 2001.
[82] Fernández Bulté Julio, Historia del Estado y el Derecho en Cuba, Editorial Félix Varela, La Habana 2005.
[83] Lissette Pérez Hernández, Martha Prieto Valdés, Temas de Derecho Constitucional Cubano, Primera Edición, Editorial Félix Varela, La Habana 2006.
[84] La Declaración Universal de Derechos Humanos recoge el derecho de petición en los Arts. 18 al 21, al tratar sobre el derecho a participar en los asuntos públicos;

así se firma la Convención de Ginebra[85] de 1864 después de la Batalla de Solferino, y la Convención de La Haya de 1907 y sus anexos, sin contar que con el desarrollo de este concepto de protección, se firma, después de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[86], los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, dejando sentada la protección, se puede decir, de los Derechos Humanos en tiempo de guerra, reconocido por el Derecho de Ginebra, el Derecho Internacional Humanitario, Derecho de la Guerra o Derecho de los Conflictos Armados[87].

En realidad lo que motivó la internacionalización de los Derechos Humanos fue la conmoción histórica de las Primera y Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, por la necesidad de conformar y legitimar instrumentos jurídicos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

El 2 de mayo de 1948 fue adoptada la Declaración Americana de los Derechos del hombre, y el 10 de diciembre del propio año, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos[88], la cual, en

sus 30 artículos, recoge los conceptos generales sobre lo que la comunidad internacional de naciones entiende por Derechos Humanos[89], abarcando los Derechos Civiles y Políticos que tradicionalmente se venían defendiendo desde la época de la Revolución francesa, como se dice anteriormente, así como los derechos económicos sociales y culturales que surgieron a la luz pública después de la Revolución Socialista de octubre de 1917.

---

[85] Primer Convenio de Ginebra, del 22 de agosto de 1864, revisado y modificado en las Conferencias d Paz de La Haya, de 1899 y de 1907, igualmente se sometió a revisión en la Conferencia de Ginebra, de 1906.

[86] LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, EXPRESAMENTE MANIFIESTA, ENTRE OTROS, EN SU ARTÍCULO 8, QUE: "TODA PERSONA TIENE DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO, ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES COMPETENTES, QUE LA AMPARE CONTRA ACTOS QUE VIOLEN SUS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN O POR LA LEY". A DECIR DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL, NO SÓLO SE TIENE LA FACULTAD DE PRESENTAR UN RECURSO PARA DEFENDER NUESTROS DERECHOS FUNDAMENTALES (COMO LA PROPIEDAD, LA LIBERTAD, ETC.), SINO QUE, ESTE RECURSO DEBE SER EFECTIVO.

[87] Álvarez Tabío Albo Ana María, Andry Matilla Correa: El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío, Editorial UH, 2011, pp. 604 - 625.

[88] Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

[89] La Declaración Universal de Derechos Humanos recoge el derecho de petición en los Arts. 18 al 21, al tratar sobre el derecho a participar en los asuntos públicos.

El autor concuerda con el criterio vertido por el profesor Miguel A. D´Estéfano (1983), quien ha escrito, "...no posee, una fuerza vinculatoria, tiene un carácter formal, carece de medidas para el cumplimiento de los derechos que proclama, su alcance es puramente moral, sus preceptos no son todavía para muchos más que promesas". También refirió el citado profesor, que la declaración es un hito histórico, que marca un paso de avance en la historia de la humanidad, pero que necesita de actualización, de vinculación y que queda mucho por hacer en este sentido.

Para el año 1966 con el objetivo de ir desarrollando los conceptos generales recogidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se aprueban dos pactos: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos[90] y su protocolo facultativo y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Es aquí donde se establecen los pasos concretos que los Estados miembros deben dar a fin de materializar los preceptos recogidos en ambos pactos.

Señalar que existe disímiles instrumentos jurídicos internacionales y regionales que han sido firmados y ratificados en pos de la protección internacional de los Derechos Humanos entre los que podemos destacar: La Convención Americana de los Derechos Humanos, y su Protocolo Adicional, (Protocolo de San Salvador) y demás instrumentos interamericanos[91] (1948). Derechos de la Mujer[92] (1979), La Convención y la Declaración de los Derechos del Niño (1989), Derecho al Desarrollo[93] (1952), un medio ambiente sano, Derechos de los Refugiados(1959) y otros muchos instrumentos jurídicos internacionales relacionados con esta materia.

En nuestro sistema jurídico, tanto derechos civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, están institucionalizados y se recogen en la Constitución Cubana de 1976, reformada en 1992 por la voluntad política del pueblo cubano, que aboga por la unidad y la igualdad. Al analizar la Constitución Cubana se constata cómo los

[90] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobada por las Organización de Naciones Unidas, en 1966.
[91] Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá, en 1948, Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de ese mismo lugar y año.
[92] La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, creada el 18 de diciembre de 1979.
[93] La aprobación de la Declaración del Derecho al Desarrollo, del 4 de diciembre de 1986.

Derechos Humanos[94], se cumplimentan, cómo el Estado los protege y cómo este estimula a la sociedad civil para su accionar según plantea el artículo 7, tal es así que en Cuba la sociedad civil es un complemento del Estado y no tiene precisamente que enfrentarse a él sino estar a su lado, pero nunca por encima del Estado. En nuestra Constitución existen varios ejemplos que la hacen diferente a otras, aunque sustancialmente no cabe duda que como Estado parte de las Naciones Unidas, cumplimenta lo que ha aprobado, firmado y ratificado en materia de Derechos Humanos.

Ejemplo de lo antes planteado se evidencia en el Capítulo I de la Constitución Cubana que tiene por Título Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, el cual consta de 27 artículos y en ellos se inscriben los derechos fundamentales del individuo, los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo. Se estipula en el artículo 1 donde se ratifica el reconocimiento del Estado como independiente y soberano y que está organizado "Con todos y para el bien de todos"[95] para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana. El artículo 3 pone en manos del pueblo todo el poder del Estado.

Se consideran derechos, deberes y garantías fundamentales en un país dado, aquellos que aparecen relacionados como tales en su texto constitucional. Por lo general casi siempre están inspirados en los derechos humanos que se relacionan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[96], aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

La Constitución socialista cubana, que entró en vigor el 24 de febrero de 1976, los recoge en su capítulo VII denominado “Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales”. En la versión occidental de lo que se considera democracia, es la forma en que se reconocen estos derechos y como se garantizan, el patrón de medidas

---

[94] Pérez Hernández, Lissette, y Martha Prieto Valdés. Temas de Derecho Constitucional Cubano. Félix Varela. Ciudad de La Habana.2004.

[95] Constitución de la República de Cuba, artículo 1:Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición No 3, del 31 de enero de 2003 .Editora Política, La Habana.

[96] Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948.

para determinar si un estado es democrático o no, bajo el prisma de su particular concepción de lo que es la democracia. En nuestro país, el tratamiento de los Derechos humanos constituye todo un sistema jurídico, integrado por normas constitucionales, penales, civiles, administrativas y laborales que desarrollan legalmente, en su totalidad, los derechos que aparecen refrendados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

En su Capítulo V protege el derecho a la educación y el acceso a la cultura. Cumpliendo de esta forma parte de los derechos económicos, sociales y culturales. La igualdad como premisa y los derechos fundamentales están contemplados en el Capítulo VI y si se estudia el Capítulo VII cuyo título responde a los "Derechos, deberes y garantías fundamentales", se vuelve a notar involucrados los derechos civiles y políticos, entrelazados con los derechos económicos, sociales y culturales. Artículos como el 45, 46, 50, 51 y 52 protegen el derecho al trabajo, el acceso a la educación y al deporte; y otros artículos del capítulo se refieren a las garantías del hombre, como la libertad de expresión (artículo 53) o el derecho a la libertad e inviolabilidad de la persona (artículo 58).

La Constitución cubana protege a los ciudadanos y además estipula en su artículo 63[97] la vía para solucionar y proteger sus derechos en el caso que sean lesionados por un funcionario, o autoridad, que además se complementan con el actuar de la Fiscalía General de la República a sus diferentes niveles, ya que contempla una Dirección de Atención Ciudadana, el cual alcanza su esplendor en el Departamento de Protección de los Derechos Ciudadanos, que recoge las quejas de la población, los tramita, procesa y resuelve, para que no se lacere los derechos de los ciudadanos como antes ocurría en nuestro país antes del año 1959.

Surgimiento del procedimiento del Derecho a la Queja.

[97] Constitución de la República Cuba, artículo 63 establece que: "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", publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición No 3, del 31 de enero de 2003 .Editora Política, La Habana.

Al efectuar un estudio histórico de la evolución del derecho a la queja se encuentra que la mayoría de los estudios[98] realizados sobre esta institución se refieren a este término como el antiguo Derecho de Petición[99] que surge a inicios de la Edad Media (en 1215 ya era práctica habitual en Inglaterra[100] ejercer el derecho de petición ante el Rey) y se convierte en uno de los indicadores principales del progreso histórico, hoy se reconoce prácticamente en todos los ordenamientos[101].

Desde su surgimiento se plantea que consiste en la facultad de los ciudadanos de presentar solicitudes ante las autoridades, ya sean judiciales, administrativas o parlamentarias[102]. Las peticiones eran entendidas como verbales o escritas y las podían realizar todas las personas con facultad para esto. Por ejemplo en España, el Derecho de Petición era un derecho constitucionalmente reconocido y está dirigido a formular ruegos a determinados organismos y autoridades, de origen medieval siendo calificado como "el derecho más inofensivo de todos"[103] .

En la etapa medieval en España la sujeción del Rey al derecho significaba que las normas o actos que lo quebrantasen fuesen considerados agravios o contrafueros, lo que requería su reparación: se definen como las actuaciones del monarca contra derecho o fuero, si bien en sentido amplio el agravio podía proceder de la conducta abusiva de otras autoridades. La reparación de agravios fue planteada al rey con ocasión de reunirse las Cortes, donde los estados le pedían que restableciese el derecho y rectificase el contrafuero, mientras que el Rey solicitaba el otorgamiento del subsidio. De la fuerza de las Cortes dependió la exigencia de la reparación, y resultó notable en Aragón y escasa en Castilla, donde fue usual que el servicio se aprobara

---

[98] Burgoa, Ignacio. El Juicio de Amparo. 12a. Edición editorial Porrúa, México 1977. Pág. 59

[99] CALANDRELLI ALCIDES. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Notas tomadas de las conferencias dictadas por el Dr. MONTES De OCA. M.A. Librería y Casa editorial de Jesús Menéndez. Tomo I. Buenos Aires Argentina. 1927. Pg. 343.

[100] Lianne Milagros Baquero Valiente (2015): "Los derechos humanos en Cuba. Su legitimación constitucional", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (abril 2015). En línea: http://www.eumed.net/rev/caribe/2015/04/derechos-cuba.html. Consultada el 7 de mayo del 2015, a las 10:30 am.

[101] Al respecto ver: Base de Datos Políticos de las Américas. (1998). Derecho de Petición. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. (Internet). Georgetown University y Organización de los Estados Americanos. En http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/peticion.html. Consultada el 14 de mayo del 2015 a las 2:25 pm.

[102] Alexy, R.: Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

[103] HAURIOU, MAURICE. "PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIONAL". Editorial Reus. Madrid. 1927. Pg. 133.

antes de que el Rey contestase a las peticiones de los procuradores o reparara los agravios, en tanto que en Aragón la concesión de subsidios se condicionaba a la reparación previa del desafuero regio[104].

El Derecho de Petición, autoriza desde su surgimiento para dirigirse a los poderes públicos solicitando gracia, reparación de agravios o adopción de medidas que satisficieron el interés del peticionario o los intereses generales, añadiendo que se trataba de un derecho inofensivo. Su importancia histórica resulta difícil de ignorar; así, señala Álvarez[105] se retrotrae incluso al favor de las monarquías asiáticas de tipo tiránico, perteneciente a la categoría de las medidas benévolas y de carácter discrecional y resalta su indudable importancia en épocas pasadas.

El autor desea destacar que la *Petition of Rights* de 1628 y del punto V del *Bill of Rights*[106] de 1684 es uno de los incipientes antecedentes de esta importante institución, donde se proclamaba como: "derecho de los súbditos a presentar peticiones al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios"[107] . También en la enmienda I de la Constitución[108] de Estados Unidos de 1787, la cual impedía al Congreso la aprobación de una ley que coarte el derecho del pueblo a solicitar la reparación de todo agravio.

Francia es una referencia del antecedente al derecho de queja lo expuesto por Beaument (1789) el cual señaló que el derecho de petición carecía de utilidad en un gobierno libre, pues los ciudadanos pueden sustituirlo por otro, mientras que Robespierre (1791) califica al mismo de imprescriptible de todo hombre en una sociedad. El Título I de la Constitución francesa 1791, proclamaba como un derecho

[104] González Soler, mª d., Lima torrado, j., Marín Castan, mª l., Prada García, a., Romero Moreno, J.M.: Cuestiones y textos de Filosofía y Teoría del Derecho, Editorial Reus, Madrid, 1993.
[105] Álvarez Conde, Enrique (1992), El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos fundamentales, vol. I, Madrid, Tecnos.
[106] Álvarez Tabío Albo Ana María, Andry Matilla Correa, El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío, Editorial UH, 2011, pp. 605.
[107] RAMELLA, PABLO. "DERECHO CONSTITUCIONAL". Buenos Aires. Argentina.
[108] VIDAL VERGARA, CARLOS. "LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS" . Editorial Nacimiento. Santiago de Chile. Chile. 1936.

natural el de dirigir peticiones firmadas individualmente a las autoridades constituidas[109].

Los cuerpos constitucionales reconocen entre los derechos de la personalidad, el de dirigir peticiones a las distintas instituciones y autoridades públicas[110]. En el constitucionalismo español el Derecho de Petición tiene una larga tradición a partir de la Constitución de 1837, y su origen se remonta a las monarquías absolutas. La Constitución española de 1978 lo reconoce en el artículo 29; su desarrollo se encuentra ya en la Ley del 22 diciembre de 1960. Puede definirse como la facultad que tienen las personas físicas o jurídicas nacionales de dirigirse por escrito a los poderes públicos en solicitud de actos o decisiones sobre cuestiones de su competencia. Las peticiones individuales o colectivas podrán dirigirse al Jefe del Estado, a las Cortes, al Gobierno y demás entidades y autoridades públicas, así como a las representaciones consulares, tratándose de españoles residentes en el extranjero.

Los miembros de las Fuerzas Armadas e Institutos Armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar en España podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica (artículo 29.2, Constitución[111]); el Derecho de Petición de los militares se regula en los artículos 199 a 205 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 diciembre. El contenido de este Derecho de Petición se realiza con el objetivo de lograr la mejora de los servicios públicos y las quejas por anomalías o irregularidades en la actuación de cualquier órgano público. Como consecuencia del carácter del Derecho de Petición, las autoridades solo están obligadas a acusar recibo de la petición, sin perjuicio de que si recae resolución sea esta comunicada al interesado.

El Derecho de Petición constituye un derecho primordial que en el propio ordenamiento jurídico de España, no ha sido regulado en la forma debida, para entender que en la petición primero hay que dar la noción del verbo PEDIR. Pedir es "Decir a alguien que

---

[109] Michel Vovelle, Introducción a la Revolución francesa, pp. 194 y ss. Albert Mathies, La Revolución francesa, vols. I-II.

[110] VIDAL VERGARA, CARLOS. “LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS” Editorial Nacimiento. Santiago de Chile. Chile. 1936.

[111] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA. 1976, Madrid/ México/ Buenos Aires, Aguilar, Colección Crisol.

dé o haga algo"[112]. Lo configura jurídicamente, como " La solicitud verbal o escrita que se presenta ante un servidor público con el fin de requerir su intervención en un asunto concreto."

El autor considera que este Derecho de Petición es un derecho imprescindible y su petición judicial inmediata puede lograrse mediante el ejercicio de la acción de tutela. Lo cual es un Derecho para los ciudadanos y de obligatorio cumplimiento para la administración pública.

El autor considera tener en cuenta como una definición importante la petición administrativa, nacida del ya abordado derecho de petición, al respecto en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea[113] refiere cual es ese derecho. La comisión parlamentaria de peticiones examina la admisibilidad de las peticiones y, si lo considera oportuno, puede someter una cuestión al Defensor del Pueblo. Si una petición se considera admisible, la comisión de peticiones puede pedir a la Comisión Europea que le proporcione documentos o datos. Asimismo, puede transmitir la petición a otras comisiones parlamentarias para su información, con objeto de que emprendan alguna actuación.

Instrumentos de defensa del Derecho a la Queja en el Derecho Comparado.

En América Latina, los instrumentos judiciales, que son creados especialmente para la defensa de los derechos, siguen en su mayoría el modelo del Amparo mexicano[114],(1917) en virtud del cual el ciudadano tiene la facultad de interponer un proceso para la defensa de un derecho cuando el presunto vulnerador ha sido, principalmente, la Administración, aunque es oportuno significar, que en algunos casos se admite la presentación de este proceso especial para la defensa de los derechos regulados constitucionalmente, cuando el lesionador ha sido un particular. En sistemas

[112] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Madrid España. 1970. Pg.24.

[113] **(http: //definicionlegal.com)** se señala que por «derecho de petición» se entiende el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea y de toda persona física o moral que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro a presentar ante el Parlamento Europeo una petición o reclamación sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente (artículos 21 y 194 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea). Consultado el 23 de abril del 2015, a las 3:42 pm.

[114] Tena Ramírez, Felipe. El amparo de estricto derecho. Orígenes, expansión, inconvenientes, colaboración en Revista de la Facultad de Derecho de México. Ed. UNAM. México 1953. pp. 9 y ss.

latinoamericanos, la facultad de interponer el Amparo se ha regulado como un derecho constitucional que da origen a múltiples vías de reclamación y defensa de los derechos, generalmente ante órganos judiciales, desde un Juez de primera instancia hasta la Corte Suprema de Justicia, sin exigirse que se hayan agotado previamente las vías ordinarias.

El juicio de Amparo mexicano es una institución[115] en constante evolución, pues además de su función original en la tutela de los derechos de las personas y de equilibrio entre las facultades de la federación y las entidades locales, ha asumido otras funciones. De esta forma, bajo su aparente unidad, comprende varios instrumentos procesales, a saber: el habeas corpus, la casación, el contencioso administrativo, el control de la constitucionalidad de las leyes y el proceso social agrario. Se considera un medio eficaz de impugnación contra los actos del poder público.

En Venezuela en el año 1999[116] aporta al enriquecimiento de la institución la consagración de la queja como un derecho más, que permite el acceso a mecanismos de defensa de los derechos, y el reconocimiento expreso de la obligación de todos los tribunales de amparar a todos los habitantes de la República, sin tener en cuenta la condición de ciudadanía, en el disfrute y ejercicio de los derechos. El propio texto constitucional prevé un procedimiento breve y sumario, así como la posibilidad de restablecimiento inmediato de los derechos vulnerados.

Por otra parte en Costa Rica[117], en el año 1985 existe una diferencia respecto a esta garantía ya que se fortalece con relación a años anteriores, en la configuración que hace del Amparo como un medio judicial de protección constitucional, ejercido ante la Sala Especial (Constitucional), de la Corte Suprema de Justicia, contra las actuaciones de la Administración Pública, contra leyes y actos normativos y también contra particulares, siempre que estos actúen en ejercicio del Poder Público.

---

[115] Al respecto, puede verse Ruiz Torres, Humberto Enrique, "El amparo mexicano: diseño y rediseño", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010 (en prensa)

[116] Villabella Armengol, Carlos M. SELECCIÓN DE CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pg 276.

[117] Al respecto ver: Base de Datos Políticos de las Américas. (1998). Derecho de Petición. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. (Internet). Georgetown University y Organización de los Estados Americanos. En http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/peticion.html. Consultado el 10 de abril del 2015, a las 11:35 am.

El autor considera que el Derecho de establecer una queja o petición es un derecho fundamental que hace parte de los inherentes a la persona y su petición judicial inmediata puede lograrse mediante el ejercicio de la acción de tutela. Es un derecho fundamental y es un deber de obligatorio cumplimiento para la administración pública.

El autor opina que la relación individuo-Estado que se manifiesta a través del ejercicio del derecho de queja no es unidireccional, sino que requiere del accionar del órgano ante el cual se presentó la queja. Sólo así puede ser reconocible el derecho. Por tanto esa queja que interpuso el ciudadano requiere de la respuesta del organismo o de la entidad ante la cual se presentó la queja, la que debe contener la manifestación de voluntad de la institución que supuestamente ha lacerado el derecho o interés o de aquella ante la cual se presentó la queja, unido a la adopción de las medidas pertinentes para reconocer el derecho al quejoso, siempre que le asista y en tal caso indemnizar, reparar o restituir según corresponda.

Resultados Esperados

1 Proponer las bases teóricas que fundamenten el tratamiento a la queja como derecho constitucional, por parte de la Fiscalía General de la República en Artemisa.

2 Mejorar a través del programa de capacitación propuesto la formación los operadores jurídicos y personal que atienda directamente a la población que reclame por amenazas o presuntas violaciones de derechos, tanto constitucionales como de tutela ordinaria.

Bibliografía

1. Álvarez Conde E.: Curso de Derecho Constitucional, Vol. I, Tecno, Madrid, 1992.
2. Alexy, R.: Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
3. Añon Roig, MJ.: Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas en BALLESTEROS, J. (Editor): Derechos Humanos, Madrid, Tecno, 1992.
4. Atienza, M.: Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico

en AA.VV.: Política y Derechos Humanos, Valencia.

5. Autores Varios, Introducción al Derecho Político (Unidades Didácticas) Primera Edición, Madrid, octubre 1997.
6. Carta Magna al Rey Juan Sin Tierra.
7. Constitución de la República de Cuba, 1976.
8. COLECTIVO DE AUTORES: *Manual de Historia General del Estado y el Derecho*. Tomo I, Segunda Parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
9. Castan Tobeñas, J.: Los derechos del hombre, 4ª Edición revisada y actualizada por Mª Luisa Marín Castan, Editorial Reus, Madrid, 1992.
10. César Guanche Julio, Por un consenso para la democracia (en diálogo con Roberto Veiga).
11. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
12. Derreira Meraut citado por Autores Varios, Introducción al Derecho Político (Unidades Didácticas), Primera Edición, Madrid, octubre 1997.
13. De González- Trevijano Esteban J, PJ Curso de Derecho Constitucional Español, Vol. II, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.
14. Fernández Bulté Julio, Historia del Estado y el Derecho en Cuba, Editorial Félix Varela, La Habana 2005.
15. FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Historia General del Estado y el Derecho II*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
16. FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Siete Milenios de Estado y de Derecho.* Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2008.
17. Fernández Pérez Michel Lic. Breves consideraciones sobre los Derechos Humanos en la Constitución Cubana.
18. García San Miguel, L.: Consideraciones en torno a una fundamentación filosófica de los derechos humanos en Hacia la justicia, Tacnos, Madrid, 1993.

19. González Soler, mª d., Lima torrado, j., Marín Castan, mª l., Prada García, a., Romero Moreno, J.M.: Cuestiones y textos de Filosofía y Teoría del Derecho, Editorial Reus, Madrid, 1993.

20. Hernández Marín R.: Nota polémica sobre los Derechos Humanos en Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, Tomo X, Madrid, 1993.

21. Lara Hernández Eduardo Dr. Constitucionalismo Cubano

22. LEZCANO Y MAZÓN, A. M.: *Constitución de Cuba (con los debates sobre su articulado y transitorias, en la Convención Constituyente)*, Ed. Cultural, La Habana, 1941.

23. Luzarraga Alberto Un análisis de los cambios necesarios para restaurar el estado de derecho. Primera Parte.

24. Mariño Castellanos Ángel, Cutie Mustelier Danelia, Méndez López Josefina. Reflexiones entorno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba Propuesta para su perfeccionamiento. Revista El Otro derecho. ILSA, Colombia

25. Mejía Arango Juan Luis. Apuntes sobre las políticas culturales en América Latina. Universidad EAFIT (Medellín), 1987- 2009.

26. *Torres del Moral, A.: Principios de Derecho Constitucional Español. 1., 2ª Edición, A, tomo, Madrid, 1988.*

La Constitución cubana[118] como heredera de las conquistas del pueblo cubano

ELVIS PÉREZ CASTRO*
YIRLENIS DE LA CARIDAD PÉREZ PILOTO**

Las Revoluciones son fenómenos sociales, el historiador Antonio Álvarez Pitaluga en su obra Revolución, Hegemonía y Poder las considera incluso como fenómenos culturales En estos fenómenos socioculturales se producen casi siempre profundas transformaciones además en los órdenes político, jurídico, ideológico, económico etc. Este artículo se limita a una Revolución: la que comenzó en Cuba el 10 de octubre de 1868 dándole surgimiento al Estado nacional cubano y que ha evolucionado hasta la actualidad. De esta se abordarán las transformaciones que se produjeron en el orden jurídico, fundamentalmente en la rama del derecho constitucional sobre todo en su parte dogmática y algunas cuestiones orgánicas. En este sentido resulta de vital importancia analizar cuatro cuestiones vitales:

-la *realidad histórica e ideas imperantes* al momento de aprobarse cada constitución

- los avances o retrocesos con respecto a paradigmas universales o nacionales en lo relativo a *preceptos dogmáticos* constitucionales de cada constitución

-las contradicciones alrededor de la *forma de gobierno* a establecer

-análisis de las contradicciones entre el principio de *soberanía de la nación* o poder indivisible del pueblo versus enajenación de ese poder mediante la división de poderes según las teorías de Locke o Montesquieu, o enajenación de ese poder a favor de algún órgano, persona o institución en los diferentes textos constitucionales cubanos

El liberalismo del siglo XIX en Europa, América Latina y Cuba

El pensamiento liberal burgués como heredero de las ideas de la Ilustración se

*Licenciado en Historia. Profesor del Departamento de Marxismo-Leninismo, Universidad de Artemisa, Cuba.
**Estudiante de Tercer año de la Carrera Derecho, CUM Artemisa, Universidad de Artemisa, Cuba.

[118] Hace referencia a la Constitución de 1976.

materializó a partir del triunfo de la gran Revolución francesa de 1789. La cual legó al mundo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de ese mismo año y aportó además la primera Constitución con parte dogmática: la implementada por los jacobinos en 1793 inspirados en las ideas de J.J.Rousseau.

Estas ideas liberales llegaron a la España borbónica y su máxima expresión fue la Constitución de Cádiz de 1812. De allí irradiaron hacia América Latina primero intrínsecas en las políticas del despotismo ilustrado metropolitano y luego se manifestaron con más fuerza durante el proceso independentista. Después de la independencia reinarán las pugnas entre liberales y conservadores. Pero los liberales latinoamericanos, muchos de los cuales no pasaron de ser simples caudillos que devinieron después en dictadores, no lograron por diversas razones establecer en sus respectivos países Repúblicas verdaderamente avanzadas ni democráticas. Fue una época plagada de hombres providenciales. No lograron ni siquiera una verdadera soberanía económica, el capital inglés ejerció un dominio semejante al de cualquier metrópolis. No faltaron guerras civiles o entre pueblos hermanos. Los países latinoamericanos no logran de hecho la integración económica, entre otras causas por la prevalencia de intereses de caudillos locales. Se frustra así el sueño de los grandes próceres de la independencia que aspiraron a una gran nación latinoamericana unida y fuerte.

En Cuba nada de esto era ajeno, desde finales del siglo XVIII se planteaban opciones de solución a los problemas de la colonia sobre la base de reformas. Algunos llegando a la conclusión de que España era una potencia decadente y que los Estados Unidos era el único Estado que había logrado prosperar económicamente y cuyo sistema republicano funcionaba mejor, vieron en la anexión a ese estado una alternativa viable, sin reparar en las enormes diferencias socioculturales. La corriente independentista también surgió y ascendió como opción de solución al problema nacional cubano desde la primera mitad del siglo. El independentismo y el anexionismo prevalecerán indistintamente en el ideario liberal cubano tanto por la imposibilidad de obtener reformas de España cuanto por la misma naturaleza atrasada y decadente de esta España semifeudal.

En 1837 los delegados cubanos fueron expulsados de las Cortes constituyentes, Cuba quedó excluida de la jurisdicción de la nueva Constitución liberal española y por tanto ya no hubo consideración de Cuba como parte de la integridad española, sino como una simple colonia regida por un Capitán General con facultades omnímodas. Fracasó todo intento reformista además durante todo este periodo. Esto de cierta forma constituyó un detonante que traerá consecuencias.

Resultaría complicado y poco provechoso para el objetivo de este artículo analizar cuestiones como la incidencia que tuvo la abolición radical de la esclavitud en los Estados Unidos por el presidente Lincoln en el movimiento anexionista promovido por algunos capitalistas cubanos. Tampoco es tema de interés tratar de demostrar la conexión o desconexión entre el fracaso reformista en la Junta de Información en 1867 y el estallido revolucionario del 68.

Lo cierto es que el independentismo estalló en revolución dirigida en sus inicios por el patriciado centro-oriental que estaba integrado por terratenientes. Los cuales en su inmensa mayoría veían afectados sus intereses económicos por las políticas metropolitanas, puesto que a la inmensa mayoría de estos les resultaba imposible aplicar las transformaciones en la industria azucarera, que se venían produciendo desde la década del 40 en el occidente del país. Estos hombres de elevada cultura estaban influenciados por las ideas liberales más avanzadas pero también tenían arraigada lo que ya puede llamarse una identidad nacional. Por lo tanto es innegable la maduración de un sentimiento nacionalista y por consiguiente de un sentimiento independentista en muchos de estos terratenientes, que con el decursar del tiempo se consolidó y superó todas las pruebas.

Al alzamiento y extensión de la guerra le siguió la necesidad lógica de buscar la unidad, porque la guerra fue contra una potencia que aplica una feroz política represiva y según Las Luchas era necesario: …la constitución de un estado nacional reconocido por todos, dotar a ese estado de instituciones de genuina proyección nacional y por último se requería una definición programática que imprimiese una coherencia ideológica, desligada de cualquier elemento anexionista o reformista.[119]

[119] Instituto de Historia de Cuba. 1996. Las luchas. Editora Política. p. 45.

Con respecto a este alzamiento nuestro apóstol expresó: "…y esto fue lo singular y sublime de la guerra en Cuba, que los ricos que en todas partes se le oponen en Cuba la hicieron" [120]

Según Torres Cuevas en la Asamblea se notó la existencia de un bloque coherente y firme constituido por camagüeyanos y villareños dispuestos a hacer prevalecer sus criterios expresados por los autores texto constitucional: Agramonte y Zambrana,[121] jóvenes muy influenciados por los principios del liberalismo burgués decimonónico. Bulté le llamó a estas concepciones afiebrado jacobinismo, iluminismo, republicanismo absoluto.[122] Esto en franca oposición al criterio cespedista de los orientales.

La importancia histórica de este hecho radica en surge la nación cubana y con ella emerge una República autóctona, independiente y democrática, fue un momento único en la Revolución del 68 de búsqueda de la unidad. Son aprobados el primer gobierno y Constitución de la República y según Las Luchas: "sus proyecciones democráticas libertarias y antiesclavistas proveían de una apropiada base programática a la Revolución".[123]

Importancia jurídica Aportes de Guáimaro:

***Génesis Constitucional y Jurídica*:** Guáimaro representó el inicio del Derecho Constitucional cubano y de la jurisprudencia cubana como tal. Es importante recordar que una Constitución más que un fenómeno jurídico es un fenómeno social y por lo tanto es un reflejo del orden social existente o al menos del que se aspira lograr.

Según Julio Fernández Bulté: "fue la primera expresión de la voluntad política y jurídica nacional".[124] Recordar además que entre las funciones de una Constitución se encuentran la función jurídica, la política y la ideológica. Uno de los elementos de la dicotomía Céspedes-Agramonte era el relativo a que el padre de la patria no estimaba urgente la promulgación de leyes mambisas mientras que el jurista de la

[120] Martí, José. 1997. Cuaderno Martiano II de Secundaria Básica. Pueblo y Educación. p 52.
[121] Torres Cuevas, Eduardo; Loyola Vega, Oscar. 2001. Historia de Cuba 1492-1898 formación y liberación de la nación. Pueblo y Educación, p 243.
[122] Fernández, Bulté. 2005. Historia del Estado y el Derecho en Cuba. Félix Varela. p.92.
[123] Instituto de Historia de Cuba. 1996. Las luchas. Editora Política. p. 52.
[124] Fernández, Bulté. Op. Cit. p.90.

Asamblea del Centro sí las consideraba necesarias.

Legislación complementaria: La Cámara de Representantes constituida en Guáimaro promulgó un reglamento, el de libertos, una cartilla y siete leyes[125], entre estas: la de matrimonio civil, de comercio libre, de instrucción pública, de organización administrativa, de cargos públicos y de organización militar, estas de 1869 y la ley de organización judicial que entró en vigor en 1871.[126]

El presidente Céspedes, ya aceptado por todos en Guáimaro, dictó nueve circulares y cinco decretos durante su gobierno.

***Precepto de Libertad*:** Para Álvarez Pitaluga el componente de dimensión más moderna de la Revolución del 68 ha sido la abolición de la esclavitud[127]; y la Constitución promulgada en Guáimaro rezaba en su Art. 24: "Todos los habitantes de la República son enteramente libres". Esto constituye una abolición radical de la esclavitud. Este precepto tiene su antecedente constitucional más remoto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789 referido en su artículo 1 y en la Constitución jacobina de 1793 aparece referido en sus artículos 2 y 3. La abolición completa de la esclavitud en Cuba Libre fue decretada por Céspedes en la Circular Oficial del 25 de diciembre de 1870.

***Dogmática Constitucional*:** Esta Constitución aunque no bien definida contenía parte dogmática. Las Constituciones modernas generalmente tienen 4 partes: preámbulo, parte dogmática, parte orgánica y cláusula de reforma. La parte dogmática es donde se reflejan los derechos y libertades de los ciudadanos de una nación.

Considerada por Bulté como radical con aires jacobinos, que no respondía a una conciliación de intereses económicos, sociales o políticos, sino que expresaba una voluntad política de gran unanimidad[128]. Guáimaro protege además las libertades de

[125] Álvarez Pitaluga. 2013. Revolución, Hegemonía y poder. p. 50
[126] Torres Cuevas, Eduardo; Loyola Vega, Oscar. 2001. Historia de Cuba 1492-1898 formación y liberación de la nación. Pueblo y Educación, p 251.
[127] Álvarez Pitaluga, A. Op. Cit. p
[128] Fernandez, Bulté. Op. p. 92

culto, imprenta, reunión pacífica, enseñanza y petición *y* demás derechos inalienables del pueblo en su artículo 28, que según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 son la libertad, la propiedad, seguridad y resistencia a la opresión. Pudiera decirse entonces que en Guáimaro se hace una declaración de los derechos del hombre en el art. 28. Al punto de que aquí se reproduce en gran parte lo preceptuado en el artículo 3 de la Constitución francesa de 1791 de inspiración montesquiana.

"*Puede haber una forma que sobre pero donde no hay libertad que falte…"* expresó al respecto Martí [129]

Democracia: Según Torres Cuevas la representación nacional ejemplificada en la Cámara de Representantes, no obstante sus irregularidades daba la oportunidad de una adecuada realización democrática[130]. Para ser representante solo era necesario ser ciudadano de la República mayor de 20 años según artículo 4, al igual que para ser elector, artículo 23. El artículo 26 establecía que la República no reconoce dignidades, honores especiales, ni privilegio alguno. El artículo 27 establecía no admitir honores ni distinciones de un país extranjero. Todo esto muestra el apego al principio de igualdad.

Otras Consideraciones: Tirso Clemente Días se refiere a que: Agramonte destaca que la independencia de poderes era garantía de las libertades públicas y consideraba que podía ser tiránico tanto el gobierno de un hombre como el de una corporación. El propio Maximiliano Robespierre citado, en su discurso de presentación de la frustrada Constitución de 1793, por Bulté, había indicado que frente a los peligros de exceso de los gobiernos los hombres habían inventado el modelo de tripartición y el del tribunado (se refiere al tribunado de la plebe)

Tirso Clemente Días deduce que si buscáramos la raíz filosófica de las ideas de los legisladores la encontraremos en la obra del inglés John Locke y sobre todo en los franceses Montesquieu y Rousseau. En Guáimaro se evidencia la adhesión al principio de representación, aunque evidentemente no se trata de la representación

[129] Marti. Op. cit. p. 53.
[130]Torres Cuevas, Eduardo; Loyola Vega, Oscar. Op. cit. P. 244.

montesquiana en la cual el ciudadano se desliga de sus derechos políticos y los entrega enajenados al representante. Sino que esta se aproxima más al modelo constitucional latino defendido por Rousseau[131]. La resolución primera del 10 de abril do 1869 se refiere a que los defectos de representación puedan ser subsanados una vez que la guerra se haya afianzado o concluido. Esto no funcionó en la práctica durante la guerra por razones obvias. Hubo durante la contienda una enajenación evidente de la soberanía del pueblo tanto por concepto de tripartición de poderes como por la representación misma del pueblo en la Cámara, órgano que no encarnó en su esencia los intereses populares por los que fue creada.

Resulta interesante el hecho de que J.J. Rousseau en El Contrato Social consideró que la democracia y la representación eran términos antitéticos y contrapuestos.[132] El propio Bulté interpreta que desde la perspectiva liberal burguesa del siglo XIX se veía a la Roma republicana con sus cónsules, su Senado y sus comicios como la expresión primera de una supuesta tripartición de poderes. Nada más lejano de la realidad. Rousseau afirma que los romanos nunca entendieron ni hubieran admitido la tripartición de poderes porque en sus concepciones políticas la potestas o soberanía pertenecía al populus, o sea al pueblo, o mejor dicho a los que tuvieran la condición de ciudadano. Otra cosa era la autorictas o poder especifico de ejecución y que era ejercida por los magistrados.

Pero esto era un poder delegado, una autoridad transferida para ejercerla en el mandato de estos, que solo era de un año. Además, frente a las disposiciones de estos, los afectados tenían un derecho enorme, la provocatio ad populum [133]

El modelo de los legisladores de Guáimaro fue la Gran Revolución Francesa y de ella la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. También las constituciones francesas de 1791(girondina) y de 1793 (jacobina y más radical).

Agramonte, el gran vencedor en la Asamblea impuso su ideología avanzada porque el Camagüey estaba más politizado que Oriente, como decía Enrique Collazo. Tanto él como Zambrana tienen fresco el recuerdo de los acontecimientos revolucionarios

[131] Fernández Bulté, Julio. Historia del Estado y el Derecho en Cuba. P. 93
[132] Citado por Fernández Bulté, Julio. Separata de Derecho Público Romano p. 33-35
[133] Fernández Bulté Separata de Derecho Público Romano. p. 21-28

de 1848 en Francia y Alemania, conocen la vida política y constitucional. Por eso redactan el texto en menos de una hora y de pie, la cual si bien no fue un monumento jurídico al menos reflejó la aspiración a una realidad superior y además creaba una estructura que podía acoplarse a una situación de guerra como la existente en Cuba hacia 1869.

Limitaciones o elementos negativos de Guáimaro

Temor a la dictadura: Estos legisladores temieron a la dictadura, no son ajenos a una realidad: América Latina es prolífica en hombres providenciales. Por eso se afirman en principios democráticos y civilistas. Pero a pesar de las inclinaciones liberales de Agramonte y Zambrana, estos no olvidaron otra realidad. Que la Cámara con las amplias facultades que se le concedían (sin más limitaciones que el respeto de los derechos individuales) hacía que el gobierno cubano fuera prácticamente una oligarquía. Pero según Eugenio Betancourt no hubo más remedio que escoger entre esta y la "dictadura" de Céspedes. Las doctrinas de la democracia serían defendidas por un órgano oligárquico frente a las supuestas "ansias dictatoriales" de Céspedes.

En consecuencia el Presidente *ope legis, (por obra de la ley),* quedó subordinado a la Cámara de Representantes y era nombrado por esta al igual que el General en Jefe, este subordinado también al Presidente según al artículo 7. Ambos podían ser depuestos por este órgano, el artículo 9 así lo permitía.

Agramonte encarna al hombre de armas: Agramonte se apodera de la dirección ideológica de la Revolución también porque el grupo que lidera alcanza el control del instrumento necesario, La Cámara, pero abandona luego su cargo como secretario para encarnar al militar brillante y lo funesto de eso fue que en el mando civil no quedó nadie con su carisma e inteligencia.

Consecuencias de los Artículos. 7 y 9: La destitución de Manuel de Quesada en Horcón de Najasa en diciembre de 1869, y de Céspedes en el campamento de Bijagual el 27 de octubre de 1873 entre otras tantas acciones provocaron una pérdida de autoridad de la Cámara de Representantes. Se limitó demasiado el accionar de un ejército en plena guerra. Se evidenció lo que Enrique José Varona llamó idealismo doctriniano de la juventud asambleísta de querer encarnar a plenitud

los ideales burgueses de libertad, igualdad y fraternidad incomprendiendo la realidad circundante***.***

Con respecto a la separación de poderes: pudiendo ejercerse un gobierno tiránico lo mismo por un hombre que por una corporación la principal garantía de las libertades públicas estribaba en la separación e independencia de los poderes. Así pensaban los legisladores. El propio Zambrana años después afirmaba que

"la preservación de los principios fundamentales del sistema republicano era la necesidad más apremiante después de la independencia"[134]. Desconfiaron del ejecutivo, pero no desconfiaron en la misma medida de la Cámara, estableciendo una correcta separación del poder de forma tal que no pudiera haber tiranía del émulo bayamés, pero tampoco tiranía colectiva de la Cámara.

En consecuencia la Cámara obtuvo un poder desproporcionado y lo utilizó desafortunadamente

La Constitución de Baraguá, 1878

Sale a la luz en un momento difícil de la guerra, el Comité del Centro "representando al pueblo cubano" firma la paz con el Capitán General español Arsenio Martínez Campos sobre bases no independentistas. Era un momento en que se hacía necesario salvar la Revolución librándola de la vergüenza y entre otras cosas de los errores de Guáimaro. Aunque su vigencia fue muy breve, solo 74 días, estableció una unidad orgánica de poder que se denominó Gobierno provisional, el cual reunía funciones legislativas y ejecutivas, dejando a un lado la concepción estructural de tres poderes asumidos en Guáimaro. Esta concepción fue un antecedente histórico para las siguientes constituciones redactadas durante la Guerra Necesaria.

Pero su gran aporte y principal avance radica en *el principio de no paz sin independencia* preceptuado en sus artículos 3 y 4, donde se afirma categóricamente que **"**el Gobierno solo está facultado a hacer la paz bajo las bases de la independencia y que no podrá hacer la paz bajo otras bases sin el conocimiento y consentimiento del pueblo". Esto constituyó una continuación del ideal plasmado en

[134]Matilla Correa, Andry y Villabella Armengol, Carlos: Compilación sobre Guáimaro

el decreto Spotorno y un precedente para las futuras Constituciones de Jimaguayú, artículo 11 y de La Yaya en su artículo 22 inciso 15

Retrocesos: Constitución demasiado breve, solo 6 artículos, si bien Guáimaro representaba un civilismo a ultranza, Baraguá opuestamente representaba un excesivo militarismo, normal en una guerra pero históricamente peligroso en cualquier República que aspire a ser democrática.

Otras consideraciones:

Sin embargo en estas acciones no se concreta otra cosa más que la gallardía y el honor de los cubanos participantes en el acto. No hubo capitulación ni rendición ni incluso después cuando al disolverse el gobierno provisional con lo cual qued**o** derogada de hecho esta Constitución y se le daba al decir de estos hombres, un alto momentáneo a las hostilidades.

La Asamblea y Constitución de Jimaguayú:

La Asamblea se realiza entre el 13 y el 16 de septiembre de1895, en un momento favorable de la guerra, a diferencia de Guáimaro, por las campañas exitosas de Gómez y Maceo durante los meses anteriores. Era necesario elaborar una nueva Constitución que dispusiera una forma de gobierno superior a Guáimaro y sin caer en la dictadura militar, al estilo del Plan Gómez Maceo. Era necesario elegir un nuevo gobierno que legitimara la nueva revolución. Se conocen los tres criterios que entraron en disputa: Salvador Cisneros que quería una forma ídem a la forma de Guáimaro. Rafael Portuondo, el hombre de Maceo, quería un gobierno con predominio militar mientras que Enrique Loinaz y Fermín Valdés Domínguez aspiraban a un equilibrio de poderes inspirados en el criterio martiano.

Acuerdos:

1-Se impone este último criterio puesto que se logra según los artículos 4 y 17 una “supuesta” libertad del ejército. Como es sabido el artículo 4 se utilizará para intervenir reiteradas veces en asuntos militares y en conclusión el ideal martiano de República no será interpretado en toda su profundidad por desconocimiento o por conveniencia.

2-Se establece un gobierno, Consejo de Gobierno, integrado por un presidente, un vicepresidente y cuatro secretarios según el artículo 1. Además del Consejo de Gobierno como órgano del poder civil establece como instituciones de poder al General en Jefe ar**ti**culo 17 y al poder judicial que se declara independiente art**i**culo 23

Importancia jurídica: Se establece una forma de gobierno superior a la de Guáimaro puesto que se logra supuestamente el "necesario equilibrio" entre el aparato civil y el militar, no obstante el artículo 4 dio origen a importantes conflictos entre los mandos civil y militar.

Recordar que el Art. 11 norma el principio de no paz sin independencia y que la estructura de gobierno sencilla y con facultades ejecutivas y legislativas evidencia una mejor comprensión objetiva de las condiciones en que se debía desarrollar la guerra.

-En la Revolución del 95 hay una mayor actividad legislativa que en la del 68. Si en la Revolución del 68 salen a la luz además de las 2 Constituciones, 7 leyes, 1 Cartilla, 1 Reglamento, 9 Circulares y 5 Decretos, lo que hace un total de *(23 disposiciones legales realizadas por 42 legisladores y 7 presidentes durante la Guerra Grande)***.** En la Revolución del 95 se promulgaron aparte de las 2 Constituciones*: 23 Leyes, 4 proyectos, 2 Circulares, 1 Decreto, 1 Disposición, 2 Cartillas, 8 Reglamentos y 7 Manifiestos (hacen un total de 48 disposiciones legales realizadas por solo 12 legisladores incluyendo entre ellos a los 2 presidentes, Cisneros y Masó.* Es importante aclarar que de estos doce legisladores del 95 siete eran juristas. Aún no se ha determinado si este cuerpo jurídico se conformó para desplazar a la dirigencia popular, del ejército, del control de la Revolución, si fue para transformar la realidad social circundante o si fue sencillamente para apropiarse de la Revolución[135].

¿Lucha de clases en el 95?

El pensamiento radical revolucionario: La Guerra del 95 comenzó radicalizada con la invasión, la aplicación de la tea incendiaria y estaba encabezada por una dirigencia popular conformada por representantes de los diversos sectores sociales,

[135] Álvarez Pitaluga, A. Op. Cit. P. 145

incluyendo a los más humildes. Su máximo representante fue José Martí con su proyecto republicano. Otras figuras importantes fueron Gómez, Maceo y otros miembros del ejército libertador que habían ascendido a puestos de dirección en el mambisado, eran los actores de la radicalización revolucionaria. Estas fuerzas radicales aspiraban a la independencia, establecer la República bajo los paradigmas de la modernidad y a modificaciones sociales que superaran las exclusiones y marginaciones típicas de la sociedad colonial. Pero aspirar a profundas transformaciones que generasen un nuevo sistema de relaciones sociales en el país con cambios estructurales, ideológicos y culturales fue un privilegio solamente del pensamiento martiano, la República con todos y para el bien de todos. [136]

Fuerzas antirradicales: Pero en el seno de la revolución hubo representantes de las capas medias y altas de la sociedad que actuaron pudiéramos decir como muro de contención contra estas fuerzas radicales. Estos hombres con estudios universitarios y elevado nivel cultural, educados bajo los patrones de la racionalidad formal y el sentido común característicos de las sociedades burguesas, se agruparon en los cargos de los Consejos de gobierno o ascendieron a elevadas posiciones en el Ejército Libertador debido a una peculiar política de otorgamiento de grados por nivel cultural que fue muy utilizada en esta guerra. Sus intereses de clase prevalecieron a la hora de dirigir los destinos de la nación. Aspiraban a la independencia, a la organización del Estado según las normas burguesas, al desarrollo económico e inserción del país en el mercado capitalista mundial pero sobre todo aspiraron a mantener sus beneficios de clase y evitar cualquier transformación radical que los afecte.[137] Todos eran liberales y estaban en contra de la perdida de riquezas y otras cuestiones que traía consigo la radicalidad revolucionaria.

Conclusiones:

1) Si nos preguntáramos si hubo lucha de clases en el seno de la misma Revolución la respuesta sería un sí. Hubo un accionar de la burguesía para secuestrar la revolución porque sencillamente no confiaban en el pueblo.

[136] Álvarez Pitaluga, A. Op. Cit.
[137] Idem

-La estructura de poder Consejo de Gobierno, fue consolidando la hegemonía política y cultural del sector burgués por medio de leyes y otras disposiciones que fueron enajenando del poder a la dirigencia popular. Estos hombres solo pretendían lograr la independencia y con ella mantener el estatus quo social sin realizar grandes transformaciones sociales.

- Para lograr este objetivo se apoyaron en el predominio que tenían en los círculos de poder: 100% de los miembros del poder civil y 52% de la alta oficialidad mambisa, ascendida de forma premeditada. Lo triste e inconcebible fue que hombres como Gómez tuvieron el mismo modus operandi.

2) La muerte de Martí, el alma de la Revolución, fue la mayor tragedia para esta Revolución.

- Porque se detuvo la expansión predecible de su programa transformador de ideas avanzadas dentro del mambisado. La radicalidad hubiese tenido soporte ideológico.

-Porque hubo una ausencia del pensamiento martiano intencionada, por olvido o porque no lo comprendieron, en las obras, escritos y leyes producidas por los protagonistas de esta Revolución. Recordar que el 76% de la población era analfabeta, el 24% restante lo constituían principalmente representantes de la pequeña y mediana burguesía. Estos fueron los que impusieron su ideología que no era otra que la ideología liberal burguesa.

- Porque a pesar de aprobarse en Jimaguayú el criterio de los que muchos llaman seguidores de Martí lo cierto es que no se garantizaron los elementos fundamentales de la República martiana: el equilibrio de poderes en el gobierno y la representatividad en este de todas las fuerzas sociales que luchaban por Cuba libre, así como la presencia de verdaderos mecanismos democráticos.[138]

2- Si bien históricamente constituyó un avance significativo a pesar de algunas peculiaridades, jurídicamente Jimaguayú retrocedió por el hecho de carecer de parte dogmática y en fin representó un nuevo triunfo del civilismo. Al no lograrse una representación de todos los sectores sociales en el gobierno se incumple no solo con

[138] Idem

el ideal martiano, sino con el propio postulado burgués de soberanía de la nación porque en la realidad cubana de entonces no debía ni podía entenderse por pueblo solamente a los miembros de la mediana burguesía.

La Yaya:

Se redacta en un momento de franca consolidación de la guerra, continúan las campañas exitosas de Gómez en La Reforma y Calixto García en Oriente

Jurídicamente fue superior. De hecho con ella llega a su punto más alto el derecho constitucional mambí. Dividida en títulos, cinco en total y secciones contiene 38 artículos, más que Guáimaro de 29 y que Jimaguayú de 24 y consta de disposiciones generales en el título V. Contiene además una parte dogmática más amplia y bien definida, artículos del 4 al14 y una más acabada y completa parte orgánica al redactar de una mejor manera lo referente a las atribuciones de los órganos.

El artículo 4 introduce el principio penal romano de “nullum crimen et nulla poena sine previa lege penale”. El artículo 5 establece la inviolabilidad de la correspondencia. Los artículos. 6, 8, 9 y 13 reproducen en parte los preceptos del artículo 28 de Guáimaro, mientras que el artículo 10 establece el derecho electoral sobre la base del sufragio universal.

Históricamente constituyó un retroceso Porque le otorga aún más poder al órgano civil. El Consejo de Gobierno acapara según el art. 15 las funciones ejecutivas y legislativas igual que en Jimaguayú. Incluso ahora también controla el poder judicial, que ya no se declara independiente, ver artículos 16 y 17. También se hace desaparecer el grado de Mayor General tácitamente al considerar al Secretario de Guerra como jefe superior jerárquico del Ejército Libertador según el artículo 31. Por si fuera poco se le resta más poder a los militares porque dice el art. 22. 8, que es el Consejo de Gobierno quien ahora otorga todos los grados. Todo esto unido al sólido cuerpo legal anteriormente referido hace que se acentúe todavía más el predominio civilista en las relaciones de poder.

Constitución de 1901

Se aprueba en medio de circunstancias adversas, ocupación militar Pretendiendo sentar las bases de un Estado nacional define en su primer artículo que:

"…el pueblo de Cuba se constituye en Estado independiente y soberano y adopta como forma de gobierno la República"

Sus 115 artículos la hacen más completa que la anterior. En ella apareció por primera vez la invocación a Dios en una Constitución cubana aunque se mantuvo la tradición cubana de establecer el Estado laico. La libertad religiosa solo tenía como limitante el respeto a la moral cristiana y al orden público.

Entre sus principales preceptos encontramos los siguientes

El artículo 11 establece que todos los cubanos iguales ante la ley. La Constitución Francesa de 1791 en su at 1establecía algo similar. El artículo 14 norma la no imposición de la pena de muerte. La ley penal mambisa sí la concebía. El artículo 20 recoge el principio romano de habeas corpus, mientras que el 23 establece la inviolabilidad del domicilio. El artículo 29 reconoce el derecho de entrar y salir del territorio de la República. La enseñanza primaria libre y obligatoria según reza el artículo 31. Se afirma que nadie puede ser privado de su propiedad en el artículo 32. Este precepto tiene su origen en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1889. Recordar que esta es una Constitución burguesa y por tanto como la Declaración francesa proclama que: "…cundo la necesidad pública legalmente comprobada lo exige de modo evidente y a condición de una justa y previa indemnización", esta Constitución afirma que "…por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización"

Se vuelve a la tripartición de poderes y continuará la representación. No es ocioso decir que el modelo roussaniano que acaso asoma en Guáimaro ya no va a tener influencia puesto que ha sido derrotado desde la época de la Revolución francesa

Retrocesos: Se limita el Sufragio (a solo los varones mayores de 21 años)

Se le impone como apéndice la Enmienda Platt que nos convierte en una República mediatizada.

Sobre la Constitución de 1940 algunas características

Fue el reflejo de las conquistas alcanzadas por el pueblo cubano en sus luchas de las décadas del 20 y el 30 y refleja además la influencia de la situación internacional marcada por la lucha antifascista mundial y la política de buena vecindad del presidente Roosevelt, de los EEUU. Tiene 286 artículos y disposiciones transitorias por lo que ha sido la más amplia y abarcadora de nuestras constituciones y fue la más avanzada de de América Latina en su tiempo.

La parte dogmática aparece en sus artículos del 20 al 42, (derechos fundamentales), artículos del 43 al 46 (Familia), artículos del 60 al 86 (Trabajo) y artículo 91 (propiedad) entre otros, total 54 artículos. Recordar que Guáimaro dedica 6 artículos, la Yaya: 11 y la de 1901: 29 a la dogmática.

Muchos preceptos tienen sus antecedentes en las constituciones cubanas anteriores con orígenes en el sistema romano-francés. No se mencionan porque ya se ha hecho referencia a su presencia en Guáimaro, La Yaya y la Constitución de 1901. Como elementos nuevos se toma el artículo 26 que trata el principio de presunción de la inocencia y que aparece por primera vez en una Constitución en la francesa de 1793 en su artículo 13. Actualmente está incluido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 11.

Preceptos nuevos de la Constitución del 40.

El artículo 20 sobre igualdad esta vez declara ilegal y punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, color o clase. El artículo 43 se refiere a la protección a la familia, la maternidad y el matrimonio por parte del Estado, la igualdad de derechos de ambos cónyuges y la plena capacidad civil de la mujer. El artículo 44 reconoce la Igualdad de derecho de todos los hijos nacidos o no dentro del matrimonio y aclara que no se consignará en las actas de inscripción de estos el estado civil de sus padres. El artículo 53 declara que la Universidad de La Habana es autónoma. El artículo 60 proclama que el trabajo es un derecho mientras que artículo 62 establece que a igual trabajo igual salario. El artículo 65 se refiere al establecimiento de seguros sociales. El artículo 67 reconoce el derecho al descanso retribuido y el artículo 68 la protección a la maternidad obrera

El artículo 74 se refiere a las iguales oportunidades de trabajo sin distinción de raza o color siempre que exista idoneidad. El artículo 75 instituye la formación de empresas cooperativas y el 78 dice que el Estado fomentará la creación de viviendas para obreros. El importante artículo 90 establece la prescripción del latifundio y expresa que la ley señalará el máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer.

Se limitará restrictivamente la adquisición y posesión de tierras por personas o compañías extranjeras y adoptará medidas que tiendan a revertir la tierra al cubano según esta Constitución. Por último los artículos 97 y 99 establece el Sufragio Universal esta vez para hombres y mujeres (en 1901 era solo para los hombres)

Única limitante (no tuvo retrocesos)

La ausencia que hubo de leyes complementarias que permitieran la sustanciación de sus preceptos.

La constitución socialista cubana de 1976 reformada en 1992

Hacía más de quince años que la Revolución había triunfado y proclamado su carácter socialista y el país se regía aún por una Constitución burguesa. Existía un apoyo al gobierno en lo que pudiéramos llamar una democracia directa. Pero ya era necesario lograr la institucionalización del país. Es muy conocido el proceso que se llev**o** a cabo para que saliera a la luz esta nueva Constitución que no sería otra cosa que el reflejo de todas las conquistas anteriores en materia dogm**á**tica. De una forma u otra todos los preceptos dogm**á**ticos enunciados anteriormente y que fueron enriqueciendo y haciendo más completas y abarcadoras a las Constituciones cubanas están presentes ya en la misma Constitución socialista, ya en sus leyes complementarias, tanto en las sustantivas como en las adjetivas. Solo será necesario referirse a unas pocas cuestiones puntuales. Luego de la Reforma constitucional de 1992 el artículo 1. Afirma que: “Cuba es un Estado socialista de trabajadores (…) organizado con todos y para el bien de todos. [Se manifiesta el apego al principio de *igualdad*] (…) para el disfrute de la *libertad* (…) y la solidaridad [*fraternidad*]. Nuestra Constitución hace suyos los principales principios del liberalismo burgués, los mismos principios tantas veces traicionados por la propia naturaleza del sistema

capitalista. Fue muy atinado referirse a los cubanos ya no como a un pueblo de obreros y campesinos solamente, como en el 76, sino como pueblo de trabajadores, t**e**rmino más incluyente, más a tono con nuestra realidad, puesto que nuestra sociedad está formada también por intelectuales, científicos, artistas, deportistas entre otros sectores. Resulta muy necesario aclarar otra cuestión. El artículo 3. Manifiesta que: "En la República de Cuba la soberanía radica en el pueblo" Este es el referido principio de soberanía de la nación que aparece por 1ra vez en una Constitución en la francesa de 1791 en su artículo 11. En este artículo se preceptúa además el principio de resistencia a la opresión que también tiene su raíz constitucional en la francesa de 1793 artículo 11.

Muchos pueden confundirse cuando lean el artículo 5 en el que se afirma que "el Partido Comunista (PCC) es la fuerza dirigente", se preguntar**a**n si es el pueblo o el PCC el que dirige nuestro destino como nación. La respuesta aunque parezca complicada realmente es sencilla y la da el propio Raúl Castro en el informe al Sexto Congreso del PCC en 2011 donde: "hizo hincapié en el deslinde del papel del Partido y el Estado. El primero es un órgano político, su autoridad [solo] tiene carácter moral y ético, y sus acuerdos no se convierten por sí mismos en leyes, sino que compete al Parlamento promulgar estas y al gobierno garantizar su cumplimiento".

Esta idea se retoma en la Primera Conferencia Nacional del Partido celebrada en 2012 donde se reconoce que:

"En el periodo anterior, el Partido Comunista había asumido de facto funciones administrativas. Con frecuencia, los comités partidistas hacían las veces de de órganos del Poder Popular. Había que revertir esta situación. Un reflejo simbólico de estos cambios ha sido la restauración del Capitolio Nacional (…) por iniciativa de Raúl"[139]

Con respecto a la dogmática de la Constitución socialista. Los derechos y libertades que se reflejaban en Constituciones anteriores.

Libertad religiosa [artículo 8], La libertad de *palabra* y *prensa*, conforme a los fines de la sociedad socialista [artículo 53]. El derecho de *reunión* [artículo 54]. El artículo 55

[139]S. Leonov, Nikolai. Raúl Castro un Hombre en Revolución. Editorial Capitán San Luis 2015. P. 329-335

sobre la libertad de *conciencia y religión. El a*rtículo 63 sobre el derecho de *petición.* Estos preceptos tienen su origen en el artículo 28 de Guáimaro.

El artículo 62 representa una limitante a las libertades cuando afirma que estas: “no pueden ser ejercidas contra la Constitución y las leyes ni contra la existencia y fines del Estado socialista” Lo más correcto sería decir que este articulo carece de sentido. Porque lo que atente contra la Constitución o las leyes es antijurídico por razones obvias; y si el Estado socialista es defendido por la mayoría de nuestro pueblo que por demás, el cubano es un pueblo culto, ilustrado y con una elevada preparación política, lo único que se logra con esto es la malinterpretación del uso de las libertades, por parte de personas con baja cultura jurídica. En la década del 70 en plena guerra fría talvez fuera necesario, actualmente no. El artículo 41. Se refiere a la *Igualdad,* que se establecía y no se cumplía desde 1901.

Los Derechos: al trabajo, al descanso, a la seguridad social, protección e higiene del trabajo, a la educación, la protección de la salud en los artículos del 45-51 nos vienen de la Constitución del 40.

Sobre la propiedad socialista

En el socialismo se produce un tránsito de de propiedad privada a la propiedad social sobre los medios de producción. El artículo 19. Afirma que el Estado reconoce la propiedad de los agricultores pequeños sobre la tierra y demás bienes que resulten necesarios para la explotación a que se dedican, mientras que el artículo 21 garantiza la propiedad personal sobre ingresos y ahorros provenientes del trabajo propio, dígase vivienda y demás bienes que sirvan para la satisfacción de necesidades. En medio de las transformaciones de nuestro modelo económico se han ido reconociendo otros tipos de propiedad, por ejemplo de las empresas mixtas y más recientemente la propiedad de los cuentapropistas, sector que ha ido ganando espacio en nuestra sociedad, 35% de la fuerza laboral en el 2015 y que segura creciendo con el beneplácito de nuestro gobierno.

Economía:

El artículo 14 reza que el nuestro es un sistema de *economía* basado en *la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción.* Esto quiere decir que el

Estado no tiene que controlarlo todo, sino solo lo fundamental, dígase los bienes y servicios vitales para el buen desarrollo de nuestra economía y sociedad. Por otra parte el principio de distribución socialista *"de cada cual según su capacidad a cada cual según su trabajo"* se quiere hacer prevalecer en oposición a los vestigios de igualitarismo que todavía persisten y que tan dañinos han sido para nuestra sociedad.

La expropiación de bienes [artículo 25] se aplica por razones de utilidad pública o interés social siempre con la debida indemnización mientras que la confiscación [artículo 60] es solo como sanción en los casos y con los procedimientos que prescribe la ley.

Las Inviolabilidades que fueron preceptuadas en la Yaya, en 1901 y 1940

Domicilio [artículo 56]. Correspondencia [artículo 57]. La persona e integridad personal, la detención ha de ser en los casos, forma y con las garantías que prescribe la ley [artículo 58]. El artículo 59 se refiere a que no hay crimen ni pena sin previa ley y juicio con garantías.

Poderes

En el sistema socialista generalmente se considera la existencia de un solo poder, que es el poder del Estado, por lo tanto no existe la clásica tripartición de poderes con funciones separadas. No obstante la Constitución cubana actual instituye el poder legislativo en manos de la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) [artículos del 69-88] y del Consejo de Estado. La ANPP es el único órgano con potestad constituyente y legislativa según el artículo 70, o sea de cambiar o modificar la Constitución y emitir leyes. El Consejo de Estado tiene potestad para emitir Decretos Leyes por lo que también cumple funciones legislativas según el artículo 89-94. Este órgano dirige los destinos del país entre uno y otro período de sesiones de la ANPP

El poder Ejecutivo según los artículos 95-101 este recae en el Consejo de Ministros, que es el máximo órgano ejecutivo y administrativo. Su presidente es también el del Consejo de Estado

El poder judicial regulado en los artículos 126-130. Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República cumplen esa función.

En conclusión la superioridad de la Constitución socialista respecto a la del 40 radica en que s**i** se ha promulgado una legislación complementaria y sobre todo que ha habido un mayor cumplimiento de lo preceptuado. Como limitantes pudiéramos mencionar que ya van siendo necesarias algunas modificaciones para ponerla a tono con los nuevos tiempos que está viviendo el país. Existen nuevas formas de propiedad, de gestión de cooperativas no agropecuarias por ejemplo, es decir en un sentido más amplio, tal como se concebían en la Constitución del 40. En fin con la aplicación de los lineamientos del Sexto Congreso del PCC y las transformaciones que se van produciendo en el orden económico van siendo necesarias también transformaciones en el orden jurídico.

El derecho al deporte. Las preferencias deportivas de los estudiantes de 12mo grado del IPU "Eduardo García Lavandero del municipio Artemisa"

RODOLFO PÉREZ LAVANDERA*
MSC. NIURYS ALMORA CARRASCO **
MSC. ELISA M. ROBAINA AGUIRRE ***

Introducción

Antes del triunfo de la Revolución la práctica del deporte, la cultura física y la recreación eran exclusivas de una minoría, perteneciente a la clase dominante; los gobiernos de turno que existían, nunca se preocuparon por la calidad de vida del pueblo. Con el triunfo de la Revolución Cubana el 1ro de Enero de 1959 comienza una nueva etapa para el pueblo, se desmantela toda la estructura que explotaba y tenía sumergido al país en la mayor pobreza social.

El empeño del compañero Fidel, desde el triunfo de la Revolución hasta hoy, en función de generalizar el deporte en Cuba y ponerlo al alcance de todos va más allá de lo que ha expresado en discursos y otros tipos de intervenciones. Ese empeño está avalado por la constitución[140] que dispone en su artículo 52: "Todos tienen derecho a la Educación Física, el Deporte y la Recreación". El disfrute de este derecho está garantizado por la inclusión de la enseñanza y práctica de la Educación Física y el Deporte en los planes de estudios del Sistema Nacional de Educación.

La Educación Física, que como asignatura se imparte desde preescolar hasta el segundo año de las carreras universitarias , ha sido un objetivo permanente dentro del sistema de perfeccionamiento educacional, constituyendo un eslabón

*Licenciado en Cultura Física. Profesor del Departamento de. Educación Física y Recreación. Facultad de Cultura Física, Ingeniería y Ciencias Empresariales. Universidad de Artemisa, Cuba.
**Máster en _____. Profesora del Departamento de. Educación Física y Recreación. Facultad de Cultura Física, Ingeniería y Ciencias Empresariales. Universidad de Artemisa, Cuba.
***Máster en_____. Profesora del Departamento de. Educación Física y Recreación. Facultad de Cultura Física, Ingeniería y Ciencias Empresariales. Universidad de Artemisa, Cuba.
[140] Se hace referencia a la Constitución cubana de 1976 con sus posteriores reformas.

fundamental en el desarrollo de la personalidad de las presentes y futuras generaciones, pues sus objetivos no solo están orientados hacia el desarrollo de las capacidades motrices sino también a la formación de valores y cualidades morales que permitan en los estudiantes el desarrollo de convicciones acerca de la necesidad de practicar ejercicios físicos como un medio para mantener y mejorar su calidad de vida.

Según García Ferrando (1984), el deporte, como actividad de tiempo libre, se ha convertido en los últimos tiempos para amplios segmentos de la población en un pasatiempo muy apreciado, formando parte del ámbito cultural o de las formas simbólicas y, en tal sentido, se ha podido comprobar la manera en que contribuye a la expresión y remodelación del yo de millones de individuos, que adoptan comportamientos deportivos bien diferenciados siguiendo las líneas del género, de la edad y de la estratificación social .

El deporte y la recreación se constituyen en elementos que favorecen los procesos de formación integral con el establecimiento de un conjunto de objetivos que propician la interacción de los estudiantes y de la comunidad mediante actividades de carácter formativo, recreativo y representativo.

Situación Problemática

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones realizadas a los estudiantes de 12mo grado del IPU “Eduardo García Lavandero” del municipio Artemisa se pudo comprobar que dichos estudiantes poseen poco interés hacia algunos deportes que se imparten en el Programa de Educación Física de la enseñanza preuniversitaria. Por lo anterior señalado se realizó un análisis de las preferencias deportivas que poseen estos estudiantes. Donde es de vital importancia determinar cuales son las preferencias deportivas de cada sexo y realizar un análisis detallado en base a estas.

Lo anterior expuesto conllevó a formular el siguiente **problema científico:**

¿Qué preferencias deportivas poseen los estudiantes de 12mo grado del IPU “Eduardo García Lavandero” del municipio Artemisa?

Por lo que se propone el siguiente **objetivo general:**

Analizar las preferencias deportivas que poseen los estudiantes de 12mo grado del IPU “Eduardo García Lavandero” del municipio Artemisa.

Para el cumplimiento del objetivo se propone dar respuesta a través de las siguientes **preguntas científicas:**

1- ¿Qué fundamentos teóricos metodológicos sustentan las preferencias deportivas en los estudiantes de la enseñanza preuniversitaria?

2- ¿Cuáles son las preferencias deportivas que poseen los estudiantes de 12mo grado del IPU “Eduardo García Lavandero” del municipio Artemisa?

Durante el proceso investigativo se han desarrollado las siguientes **tareas de investigación:**

1- Sistematización de los fundamentos teóricos-metodológicos que sustentan las preferencias deportivas en los estudiantes de la enseñanza preuniversitaria.

2- Determinación de las preferencias deportivas que poseen los estudiantes de 12mo grado del IPU “Eduardo García Lavandero” del municipio Artemisa.

3- Análisis de las preferencias deportivas que poseen los estudiantes de 12mo grado del IPU “Eduardo García Lavandero” del municipio Artemisa.

Importancia y novedad

En esta investigación se determinarán las preferencias deportivas que poseen los estudiantes de 12mo grado del IPU “Eduardo García Lavandero” del municipio Artemisa. Por lo que se podrá sugerir en un primer momento cuales son los deportes a impartir en la asignatura de la Educación Física, con ayuda de otras investigaciones que se realicen sobre el tema. También cumple con el objetivo de fomentar la salud y el autocuidado del joven.

Quienes practican un deporte, tiene un mejor desarrollo físico, mayor desarrollo intelectual, psicológico mejores habilidades para le aprendizaje y consiguen mayor independencia y liderazgo dentro de su grupo, menos conductas delictivas y agresivas además logran mayor interacción con el entorno social donde viven.

Marco Teórico conceptual.

1.1. Definiciones de preferencias deportivas.

Empezando por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define por preferencia la primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en valor, ya en merecimiento. // 2. Elección de una persona o cosa entre varias; inclinación favorable o predilección hacia ella.

El término se refiere a una jerarquía en el aprecio. No se debe confundir con el acto de elegir. Una preferencia es una actitud, una elección una acción. Es una relación de primacía subjetiva entre, por lo menos, dos cosas, personas o asuntos. Ese orden resulta de una elección que expresa una inclinación o predilección. Se mueve así, y claramente, en un terreno distinto del de las necesidades donde no hay elección y en uno más cercano al de los deseos. La voluntad cuenta.

La preferencia es totalmente indiferente ante el carácter necesario o no en el sentido de imprescindible, de aquello por lo que nos inclinamos. Dejamos de estar involucrados en asuntos de supervivencia, de vida o muerte, como es el caso de las necesidades.

La preferencia deportiva es la ventaja que tiene cada persona en la práctica de un deporte sobre otros deportes. (Von Wright, 1991)

1.2. Definiciones de Educación Física.

La educación es todo aquello que se logra sobre la base de los conocimientos adquiridos, de ahí la necesidad de que esos contenidos sean cada vez más integrales.

Según Pila Teleña (1984), lo físico se atribuye a la constitución y naturaleza corpórea o material que en tal sentido se aplica a la física como ciencia y que al extrapolar esta concepción al ser humano se deduce como la forma de constitución y naturaleza de él.

La relación entre Educación Física y el deporte del adolescente escolar comienza como una relación de ruptura: los dos términos son por naturaleza totalmente diferentes e incluso antagonistas. Conviene pues evitar cualquier confusión entre los dos términos, aunque hay entre ellos una relación de continuidad. El deporte escolar

permite al adolescente la puesta en práctica, en una actividad deportiva concreta, a través de la formación general recibida en la educación física.

1.3. Definiciones de Calidad de Vida

Según un colectivo de autores la calidad de vida es: "la percepción que un individuo tiene de su lugar en la existencia, en el contexto de la cultura y del sistema de valores en los que vive y en relación con sus expectativas, sus normas, sus inquietudes. Se trata de un concepto muy amplio que está influido de modo complejo por la salud física del sujeto, su estado psicológico, su nivel de independencia, sus relaciones sociales, así como su relación con los elementos esenciales de su entorno". p 125

1.4. Educación Física y Práctica Deportiva en estudiantes de Preuniversitario.

En Educación Física se pretende establecer una formación integral mediante el empleo del movimiento. Las posibilidades motrices y la experimentación con el cuerpo permitirá la adquisición de capacidades, aprendizajes y relaciones sociales, en las cuales, el cuerpo ejercerá un papel instrumental esencial en el proceso educativo.

Según señala García (1990) durante muchos años, la Educación Física ha seguido líneas metodológicas en las cuales el adiestramiento del cuerpo se constituía en finalidad última. De este modo, conseguir un estado físico satisfactorio es el objetivo principal, y el cuerpo es la base principal y el objeto de la intervención. Sin duda, esta concepción claramente reduccionista, reduce las posibilidades educativas del movimiento. No obstante, es preciso atender otras dimensiones en el tratamiento de lo corporal dentro del ámbito educativo y de las actividades físicas.

En la actualidad, la promoción de la práctica regular de actividad física y deportiva se ha convertido en uno de los objetivos esenciales en la política educativa en diferentes países. Numerosas investigaciones destacan que una adecuada actividad físico-deportiva contribuye al bienestar y calidad de vida en nuestras sociedades.

Según señala García (1990) una práctica de actividad físico-deportiva realizada bajo unos determinados parámetros de frecuencia, intensidad y duración está encuadrada dentro de los modelos o estilos de vida saludables. Existen, a su vez, investigaciones que establecen relaciones significativas de la actividad físico-deportiva con otros hábitos saludables, tales como las mejoras en la condición física, hábitos de higiene corporal, alimentación equilibrada y descensos en el consumo de tabaco y alcohol.

Así mismo, desde una consideración holística de la salud, son de destacar los beneficios psicológicos y sociales de la actividad físico-deportiva la convierte en un factor primordial para la contribución al desarrollo personal y social armónico adolescentes, teniendo una marcada influencia en los hábitos de práctica durante la edad adulta.

Según Puig (2012) la práctica deportiva debe entenderse cada vez más como un itinerario personal, cambiante y dependiente de circunstancias personales y sociales.

La edad es otra característica sociodemográfica que discrimina respecto a la práctica deportiva.

En instituciones educativas, se enseñan las prácticas deportivas, de manera organizada para que los adolescentes vayan identificando según sus aptitudes y habilidades cual es de su preferencia, con el fin de que lleguen a ejercerla o practicarla de manera profesional. (García 1990)

También cumple con el objetivo de fomentar la salud y el autocuidado del joven. Quienes practican un deporte, tiene un mejor desarrollo físico, mayor desarrollo intelectual, psicológico mejores habilidades para le aprendizaje y consiguen mayor independencia y liderazgo dentro de su grupo, menos conductas delictivas y agresivas además logran mayor interacción con el entorno social donde viven.

La Educación Física en el adolescente, que responde a la idea de formación general, es obligatoria para todos los alumnos. Ello contribuye a formar al hombre de nuestro tiempo capacitado para desarrollar actitudes y conocimientos teóricos idénticos para todos.

El deporte en el adolescente escolar no funciona más que con los que eligen practicarlo. Lo que se pretende es el desarrollo particular del individuo para que se enriquezca en todos los sentidos. Por eso se debe permitir que cada adolescente

realice todo para lo que está capacitado y lo domine: su objetivo será entonces poner en práctica lo que ha adquirido a través de la Educación Física de una forma global, social y concreta que le ha hecho poder elegir.

Durante muchos años el autoconcepto y la autoestima han sido considerados indicadores del bienestar psicológico y mediadores de la conducta. De ahí que se perciban como unas características deseables en la adolescencia que favorecen la consecución de objetivos tales como el rendimiento académico los logros sociales las conductas saludables y la satisfacción con la vida La etapa adolescente es una etapa clave de la vida en lo que se refiere a la formación del autoconcepto.

En este periodo, se suceden importantes cambios cognitivos que repercuten en el desarrollo del ser, El adolescente va incorporándose en áreas o dominios distintos en los que tiene que mostrar su competencia y por ello se hace necesario evaluar el nivel de competencia y / o adecuación que los adolescentes perciben en los mismos. Siendo el deporte la actividad que más aporta al normal desarrollo de estos elementos.

Contrariamente a como ocurría en tiempos pasados, en los que se consideraba que el deporte contribuía muy poco e incluso nocivamente al desarrollo intelectual del niño y del adolescente, hoy en día goza de un gran predicamento entre padres, maestros y educadores en general. (Puig 2012)

Actualmente la competición deportiva obliga a una especialización temprana y se alcanzan los límites del rendimiento a edades impensables hace unos cuantos años.

Muchos son los factores que influyen en los padres a la hora de elegir el deporte más adecuado para sus hijos. Así pues, entre los factores a tener en cuenta, cabe atender a las cualidades físicas y al perfil emocional del niño, su predisposición o preferencias personales, la opinión del entrenador o educador físico, las posibilidades económicas para sufragar los gastos que se deriven de la práctica deportiva, las posibilidades materiales o de acceso a los centros deportivos, la posible influencia de los amigos.

1.5. Caracterización psicológica del estudiante de nivel preuniversitario.

Según un Colectivo de autores (2014) el ingreso al nivel medio superior ocurre en un momento crucial de la vida del estudiante, es el período de tránsito de la

adolescencia hacia la juventud. Es conocido que los límites entre los períodos evolutivos no son absolutos y están sujetos a variaciones de carácter individual, de manera que el profesor puede encontrar en un mismo grupo escolar, estudiantes que ya manifiestan rasgos propios de la juventud, mientras que otros mantienen todavía un comportamiento típico del adolescente.

Muchos consideran el inicio de la juventud como el segundo nacimiento del hombre; entre otras cosas, ello se debe a que en esta época se alcanza la madurez relativa de ciertas formaciones y algunas características psicológicas de la personalidad.

En lo que respecta al desarrollo físico, es necesario señalar que, en la juventud, el crecimiento longitudinal del cuerpo es más lento que en la adolescencia; aunque comúnmente entre los 16 y 18 años ya los jóvenes han alcanzado una estatura muy próxima a la definitiva. También, en esta etapa es significativo el desarrollo sexual de los jóvenes; los varones, quienes respecto a sus compañeras habían quedado rezagados en este desarrollo, ahora lo completan. (Colectivo de autores 2014)

En la juventud se continúa y amplía el desarrollo que en la esfera intelectual ha tenido lugar en etapas anteriores. Así, desde el punto de vista de su actividad intelectual, los estudiantes del nivel medio superior están potencialmente capacitados para realizar tareas que requieren una alta dosis de trabajo mental, de razonamiento, iniciativa, independencia cognoscitiva y creatividad. Estas posibilidades se manifiestan tanto respecto a la actividad de aprendizaje en el aula, como en las diversas situaciones que surgen en la vida cotidiana del joven.

En la etapa juvenil se alcanza una mayor estabilidad de los motivos, intereses, puntos de vista propios, de manera tal que los alumnos se van haciendo más conscientes de su propia experiencia y de la de quienes lo rodean; tiene lugar así la formación de convicciones morales que el joven experimenta como algo personal y que entran a formar parte de su concepción moral del mundo. (Colectivo de autores 2014)

1.6. Definiciones y funciones del diagnóstico.

Según Queros (1982), el diagnóstico pedagógico, no es la búsqueda de trastornos en el sujeto que fracasa, sino el análisis de todos los elementos que intervienen en el proceso de enseñanza y aprendizaje, para determinar las causas donde este proceso haya fallado o puede fallar en el futuro.

El diagnóstico tiene como finalidad última la intervención, acercando sus funciones al terreno de la evaluación. Sus funciones están dirigidas a la:

- Obtención de información (apreciación, clasificación)
- Tratamiento (intervención que puede tener un carácter de selección como de modificación de un estado determinado y toma de decisiones)
- En sentido general ambas funciones tienen el objetivo de: Comprobar o apreciar el progreso hacia los objetivos propuestos.
- Identificar los factores en una situación dada que puedan interferir el óptimo desarrollo de los objetivos.
- Adaptar los aspectos de la situación dada a las necesidades y características que se requieran para asegurar un desarrollo continuado.
- El diagnóstico general, es apreciar el estado general y medio en que se encuentra un fenómeno, hecho, proceso, sin que interese analizar aspectos específicos e individuales.
- Permite identificar problemas y avanzar hipótesis de solución, de modo que se permita no sólo realizar oportunas correcciones, sino potenciar el desarrollo del estudio.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Población y Muestra.

La investigación se realizó en el IPU “Eduardo García Lavandero”, específicamente a los estudiantes de duodécimo grado, donde la población es de 224 estudiantes y se tomó una muestra de forma aleatoria de 44 estudiantes que representa el 20% de la población. La muestra esta compuesta por 16 estudiantes que pertenecen al

sexo femenino para un 36.3 % y 28 estudiantes que pertenecen al sexo masculino para un 63.7 %.

Tabla No 1. Población y muestra.

Sexo	Población	Muestra	%
Femenino	**224**	16	36.3
Masculino		28	63.7
Total		**44**	**100.0**

2.2. Métodos utilizados.

Métodos teóricos:

- Histórico- Lógico
- Analítico-sintético

Métodos empíricos:

- Observación
- Encuesta

Método estadístico - matemático

- Análisis porcentual

2.3. Análisis de los resultados de los instrumentos aplicados.

Sexo Femenino

En la pregunta 1, practican deportes todos los días 3 estudiantes para un 18.7%, cuatro días a la semana 4 estudiantes para un 25%, ocasionalmente 2 estudiantes para un 12.5%, solo en las clases de EF 11 estudiantes para un 68.7%.

En la pregunta 2 practican deportes, en la escuela donde estudian 15 estudiantes para un 93.7%, en un combinado deportivo 2 estudiantes para un 12.5%, en placeres

2 estudiantes para un 12.5%, en la calle 2 estudiantes para un 12.5% y en otros lugares 3 estudiantes para un 18.7%.

En la pregunta 3 según los deportes del Programa de EF, fue escogido el atletismo por 2 estudiantes para un 12.5%, baloncesto por 2 estudiantes para un 12.5%, GMA 5 estudiantes para un 31.2%, fútbol 6 estudiantes para un 37.5%, beisbol 9 estudiantes para un 56.2%, voleibol 12 estudiantes para un 75%.

En la pregunta 4, practican estos deportes elegidos en la pregunta anterior, 3 estudiantes por ser el que más se imparte en el programa para un 18.7%, 4 estudiantes porque es el más fácil de practicar para un 25%, 5 estudiantes porque es el que más practican en sus horas libres para un 31.2%, 5 estudiantes porque es el que más ponen por televisión para un 31.2% y 6 estudiantes lo practican por otros motivos para un 37.5%.

En la pregunta 5 el deporte que no aparece en el programa y le gustaría recibir en clases de EF es el Kikimboll, con 11 elecciones para un 42.9% del total de elecciones.

Sexo Masculino

En la pregunta 1, practican deportes todos los días 11 estudiantes para un 39.2%, cuatro días a la semana 9 estudiantes para un 32.1%, ocasionalmente 6 estudiantes para un 21.4%, solo en las clases de EF 3 estudiantes para un 10.7%.

En la pregunta 2 practican deportes, en la escuela donde estudian 20 estudiantes para un 71.4%, en un combinado deportivo 17 estudiantes para un 60.7%, en placeres 10 estudiantes para un 35.7%, en la calle 19 estudiantes para un 67.8% y en otros lugares 9 estudiantes para un 32.1%.

En la pregunta 3 según los deportes del Programa de EF, fue escogido el atletismo por 6 estudiantes para un 21.4%, baloncesto por 14 estudiantes para un 50%, fútbol 26 estudiantes para un 92.8%, beisbol 22 estudiantes para un 78.5%, voleibol 14 estudiantes para un 50%.

En la pregunta 4, practican estos deportes elegidos en la pregunta anterior, ningún estudiantes por ser el que más se imparte en el programa, 3 estudiantes porque es el

más fácil de practicar para un 10.7%, 22 estudiantes porque es el que más practican en sus horas libres para un 78.5%, 9 estudiantes porque es el que más ponen por televisión para un 32.1% y 8 estudiantes lo practican por otros motivos para un 28.5%.

En la pregunta 5 el deporte que no aparece en el programa y le gustaría recibir en clases de EF es el tenis de campo, con 6 elecciones para un 21.4% del total de estudiantes.

CONCLUSIONES

- La sistematización de los fundamentos teóricos- bibliográficos posibilitaron la determinación de las preferencias deportivas que poseen los estudiantes de 12mo grado, en ambos sexos, del IPU “Eduardo García Lavandero” del municipio Artemisa.
- La determinación de las preferencias deportivas, así como el análisis matemático-estadístico en la pregunta número cuatro permitió comprobar que en ambos sexos la preferencia deportiva hacia algún deporte específico, está dada por el deporte que más practican los estudiantes en sus horas libres y el que más se transmite por la televisión.
- La determinación de las preferencias deportivas, así como el análisis matemático-estadístico permitió comprobar que en el sexo femenino practican deportes solamente, en la escuela 15 estudiantes para un 93.7%.
- En el sexo femenino el deporte que más aprobación tiene de los que se imparten en el Programa de Educación Física es el voleibol con la elección de 12 estudiantes para un 75%.
- El Kikimboll es el deporte que mayor cantidad de estudiantes del sexo femenino desearían que se incorporará al Programa de Educación Física con 11 elecciones para un 42.9%.
- La determinación de las preferencias deportivas, así como el análisis matemático-estadístico permitió comprobar que en el sexo masculino el 71.3% de los estudiantes practican deportes al menos 4 días a la semana.

- En el sexo masculino la gran mayoría de los estudiantes practican deportes fuera de las clases de Educación Física, ya sea en combinados deportivos, en placeres, en la calle y en otros lugares.
- En el sexo masculino la gran mayoría de los estudiantes tienen preferencia hacia el fútbol y el beisbol de los deportes que se imparten en el Programa de Educación Física.
- El Tenis de Campo es el deporte que mayor cantidad de estudiantes del sexo masculino desearían que se incorporará al Programa de Educación Física, con 6 elecciones para un 21.4%.

RECOMENDACIONES

- Se le recomienda a los profesores de Educación Física del nivel de preuniversitario, teniendo en cuenta los resultados de la investigación, elaborar una estrategia con respecto a las preferencias deportivas de los estudiantes, así como ampliar el espectro de esta investigación en un futuro.
- Se recomienda a la dirección del INDER Nacional realizar un estudio sobre la actualización de las preferencias deportivas, hacia los deportes que son impartidos en el Programa de Educación Física de Preuniversitario.
- Se le recomienda a los profesores de 12mo grado del centro, priorizar en el turno de Deporte para Todos, la práctica del kikimboll en el sexo femenino y el tenis de campo en el sexo masculino, debido a la oportunidad que posee el centro de contar con un Combinado Deportivo a escasos metros, con todas las condiciones para la práctica de ambos deportes.

BIBLIOGRAFÍA

1. Colectivo de autores. (1996). Manual del profesor de educación física. Tomo I. INDER: Editorial. Unidad “José A. Huelga”.

2. Colectivo de autores.(2014). Duodécimo grado de la Educación Preuniversitaria y 3er año de la Educación Técnica y Profesional. La Habana.Mined.
3. Colectivo de autores.(2014). Onceno grado de la Educación Preuniversitaria y 3er año de la Educación Técnica y profesional. La Habana.Mined.
4. Colectivo de autores.(2014). Decimo grado de la Educación Preuniversitaria y 3er año de la Educación Técnica y Profesional. La La Habana.Mined.p 125
5. Collazo, A. (2002*).* Algunos aspectos esenciales para el desarrollo de capacidades físicas en el hombre. En *Teoría y Metodología de la Educación Física. Tomo II*. (Versión digital). C. de la Habana.
6. Garcia, D. (1990). La Preferencia y las Actividades Deportivas. La Habana. Editorial Deportes.
7. Pavón, A. (2004). Motivos de práctica físico-deportiva según la edad y el género en una muestra de universitarios. Madrid. Ed. Pila Teleña.
8. Petrovski, A. (1978). Psicología General. Ciudad de La Habana: Editorial Pueblo y Educación.
9. Pila, A. (1984). Educación Física y Deportiva. Madrid: Ed. Pila Teleña.
10. Puig, J.(2012). Preferencias deportivas de los estudiantes de Preuniversitario. La Habana Editorial Deportes.
11. Queros, M. (1982). Diagnóstico pedagógico. Fundamentos teóricos. Madrid: Universitas.
12. Ruiz, A. (1985). Metodología de la enseñanza de la Educación Física. T.1. Ciudad de la Habana: Editorial Pueblo y Educación.
13. Von Wright, Georg Henrik (1991) “Preferences”. Dictionary of Economics, Vol. III. Londres. Ed.Macmillan.

Una mirada a la actuación del abogado cubano de hoy

AMARELYS CABRERA PIÑEIRO*

YENLÍ PÉREZ PASCUAL**

Introducción:

El ejercicio de la abogacía en Cuba ha sido abordado por los propios abogados esencialmente desde una perspectiva ética, siendo común encontrar referencias al tema, a nuestro juicio, porque constituye precisamente esta una de las prioridades de trabajo de la ONBC[141], que institucionalmente se esfuerza por divulgar, fortalecer y promover una actuación éticamente correcta de sus miembros.

La profesión de abogado constituye una pieza clave en el funcionamiento de la administración de justicia. Su principal función es la defensa de los interés de los ciudadanos frente a las posibles injerencias, tanto por parte de la administración, o bien los conflictos personales que se le pueden presentar en su vida cotidiana.

La abogacía es una de las profesiones que trabaja con bienes inherentes a la persona, y por ello necesita de una especial atención por parte de los estados para evitar, por un lado, que esos bienes puedan ser lesionados, y por otro, que los ciudadanos como destinatarios directo del sistema de la administración de justicia pierdan su credibilidad y confianza en el sistema de justicia.

Los abogados cubanos cuentan con un adecuado marco legal dentro del cual desempeñar su profesión, que en sentido general garantiza una eficaz protección a sus derechos e integridad profesional, y asegura el ejercicio de sus funciones con libertad, autonomía y sin obstáculos ni interferencias, conforme a los requisitos internacionales, que es susceptible de ser ampliado y perfeccionado.

Antecedentes históricos de la ONBC

En 1984 con el propósito de poder establecer los métodos y procedimientos para el ejercicio más eficiente y ordenado de la profesión y contribuir a su desarrollo y

*Licenciada en Derecho. Abogada, Bufete Colectivo de Bauta, Artemisa, Cuba.
**Licenciada en Derecho. Abogada, Bufete Colectivo de Bauta, Artemisa, Cuba.
[141] Siempre que se utilicen las siglas ONBC se estará haciendo referencia a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

perfeccionamiento, se promulgó el Decreto Ley 81, Sobre el ejercicio de la abogacía y la organización Nacional de Bufetes Colectivos el 8 de junio y el 18 de diciembre de ese propio año se dictó su Reglamento, contenido en la Resolución 142 del Ministerio de Justicia

A partir de su vigencia, para ejercer la abogacía se necesita estar capacitado por el título expedido por el centro de educación superior en el país o en el extranjero, previo su reconocimiento o convalidación y ser admitido por la Organización. Excepcionalmente el ministerio de justicia puede autorizar a determinados juristas que se desempeñan en otras funciones que puedan ejercer temporalmente como abogados, y también con carácter excepcional, pero sin necesidad de esta autorización previa lo pueden hacer juristas vinculados laboralmente a las sociedades civiles de servicios, los que asumen la dirección o representación de sus propios asuntos o de los familiares más allegados, o de las entidades en que presten servicios y los que ejerzan la docencia en facultades de derecho.

Es claro que actualmente no está permitido el ejercicio privado ni autónomo de la abogacía, ni mucho menos por cuenta propia como sí es usual en el extranjero. En nuestro país se trata de una relación laboral especial, la que esta presidida por la admisión de la organización, a la que le son aplicables las disposiciones laborales comunes, con excepción del régimen disciplinario, y la que se adicionan requerimientos éticos.

Independiente de todos estos requisitos que son exigidos por la Organización es requisito indispensable para ejercer la abogacía que el jurista deberá tener condiciones morales acorde con los principios de nuestra sociedad, no haber sido sancionado por delito intencional ni hallarse sujeto a proceso penal alguno, ni desempeñar funciones judiciales, fiscales, administrativas o de arbitraje. Los juristas recién graduados pueden ser admitidos para prestar el servicio social en los bufetes colectivos, y también pueden ejercer como abogados los licenciados en derecho que aspiren a ingresar a la organizaron provenientes de otras entidades, en calidad de

abogados adjuntos durante el periodo de un año, hasta que se apruebe o no su incorporación plena y definitiva.

El papel del comportamiento ético en los juristas. Consideraciones sobre la Moral, la Ética y la Ética Profesional.

La ética es la disciplina que tiene por objeto los juicios de valores cuando se aplican a la distinción entre el bien y el mal. Es la ciencia que investiga el origen, la esencia, las leyes del desarrollo y las funciones sociales de la moral, pero no es la moral misma. Marx y Engels pusieron de manifiesto que la moral está determinada por el régimen económico y social imperante, teniendo un carácter clasista.

Algunos filósofos tratan de separar la moral profesional de la moral en general. Sin embargo para nosotros ha quedado claro que el perfeccionamiento de las relaciones de producción, el desarrollo de la división social del trabajo y el surgimiento de las profesiones, coadyuvaron al surgimiento de la moral y la ética profesional. Cada profesión imprime una huella en la psicología y las cualidades morales de las personas. Como escribiera Engels ¨…cada clase (e inclusive cada profesión) tiene su propia moral…¨

- La Ética marxista estudia el contenido de las normas morales que regulan la interrelación de los especialistas (Médicos, Pedagogos, Juristas, etc.) con las personas (Pacientes, Alumnos, Clientes), y establece cual es el nexo entre estas normas y los principios generales de la moral. La posibilidad de penetrar en el mundo espiritual del hombre determina que en profesiones como las mencionadas, se haga necesaria la existencia de normas morales que, por una parten contribuyan a la realización exitosa de las funciones profesionales y por otra aseguren la defensa de los intereses de los individuos. Resulta natural que a algunos géneros de profesiones, sea mayor el número de exigencias morales, los grupos profesionales están regidos por sus normas de conducta y principios, por su propia moral, que reflejan la forma concreta de su actividad profesional. Cuando hablamos de ética profesional no puede

separarse la ética de una profesión, de la ética general de la sociedad, solamente así podemos hablar de la ética de los Abogados Cubanos.

- La ética profesional del Abogado como toda ética profesional, tiene su base en la moral y se concreta en la esfera de la administración de justicia y asesoramiento legal. En la administración de justicia las normas morales se manifiestan en forma de reglas de conducta de los jueces, fiscales, notarios, abogados, etc, con las cuales regulan las relaciones reciprocas entre ellos mismos, con terceras personas y con la sociedad. El abogado, a diferencia de los otros juristas tiene una complejidad en su actuar profesional y es que esta obligado a defender a su representado, aunque sus acciones sean repudiadas por la ley y la moral. Obviamente se le presenta un conflicto aparente entre sus normas y sus deberes profesionales.
- Los juristas, independientemente de la labor que desempeñan tienen normas morales comunes y deben perseguir un mismo objetivo.
- Respeto estricto a la legalidad y a las normas de la moral socialista.
- Búsqueda del esclarecimiento de la verdad material.
- Firmeza e inmunidad a los influjos externos negativos.
- Humanismo.
- Discreción y práctica de las demás reglas de educación formal en el trato con las demás personas.

Según la doctrina, la ética ha sido tradicionalmente analizada por filósofos desde el tiempo de los griegos clásicos como siendo una palabra de origen Griega “ethos”, que significa forma de ser, habito o costumbre, aludiendo, así, a los comportamientos humanos siendo uno de sus objetivos la búsqueda de justificaciones para las reglas propuestas por la Moral y por el Derecho o sea distinguir el bien y el mal, el comportamiento correcto y el incorrecto en el cotidiano y en la sociedad.

La ética profesional ayuda a que los individuos pertenezcan a un determinado grupo y distingue ese grupo de los demás grupos profesionales. Se inicia cuando elegimos nuestra profesión porque empezamos a tener deberes profesionales obligatorios.

La primera noción que el aspirante a estudiante de Derecho, así como aquel que ya está casi ejerciendo, en este caso, la abogacía, tiene que tener es que “la abogacía es una cosa seria; por ello, no puede ser descuidada por uno cualquiera, como si fuera una aventura más de la juventud, o incluso el último refugio de la tercera edad. Importa el cumplimiento de normas y principios jurídicos.

Por consiguiente, incluso antes de ser abogado, el pretendiente debe ser una persona éticamente irreprensible, es decir, honesta, observadora de los deberes de justicia, de la verdad y de la moral, honrada, recta, leal, cortés y sincera.

Estos valores se adquieren a lo largo de la formación de la personalidad, en un proceso gradual, complejo y único, de cada individuo. La honestidad me parece algo especialmente marcado por el respeto. El abogado honesto, íntegro, digno, que camina en línea recta sin desviarse de los principios éticos es un abogado merecedor de respeto.

La ética no es exclusiva de la abogacía o de la magistratura. Tenemos la temática de la ética también dentro de la medicina. Con la aparición de las cuestiones relativas a la ingeniería genética tal vez la discusión se haya modificado y se haya actualizado. De la misma forma, los servidores públicos se encuentran involucrados con las cuestiones éticas. Basta pensar en la corrupción. Podemos observar lo mismo en relación a los escritores y también a los periodistas y profesores. Sin embargo, de todas las profesiones, la abogacía me parece ser una de las que sale adelante en relación a la contundencia con la que es planteada la cuestión ética.

¿Y por qué es así? ¿Por qué la cuestión ética está tan vinculada al ejercicio de la abogacía?

Se puede decir que el abogado es, en realidad, alguien que trae el arte de otros profesionales. Él es el “médico” que busca la cura para el problema de sus “pacientes”. Y el “psicólogo” por tener que escuchar con atención las quejas de sus clientes y también darles consejos. Es el “bombero” que necesita mucha habilidad y coraje para apagar grandes “incendios”. Como dije, desempeña varios papeles profesionales cuando ejerce verdaderamente su oficio.

Al hacerlo, el abogado estará permitiendo que la justicia y el derecho lleguen a quien necesita, de ellos.

Pero, tengamos la modestia y la clarividencia de reconocerlo, esa está lejos de ser siempre la reputación de algunos de nuestros abogados, sin embargo se sabe que incluso en la literatura el abogado, de forma general, no tiene una buena reputación. Hay siempre una tendencia excesiva para representarle como un insoportable parlanchín, un listillo, un picapleitos, astuto, perturbador, capaz de defender cualquier causa, invocando inocencia incluso cuando está convencido de la culpabilidad…

A su vez, el término deontología (termino creado por Jeremias Bentham (1748 – 1832) con sentido utilitarista; el sentido actual se debe a Rosmini), surge igualmente de la palabra griega “déon” que significa deber, obligación y “logos” que significa, ciencia, discurso o tratado. Así, la deontología también se refiere al conjunto de principios y normas de conducta, los deberes, inherentes a una determinada profesión. La deontología es una disciplina de la ética especial adaptada al ejercicio de una profesión.

Así, cada profesional está sometido a una deontología propia que regula el ejercicio de su profesión, conforme el Código de Ética de su categoría. Son normas establecidas por los propios profesionales, teniendo en vista no exactamente la calidad moral sino la corrección de sus intenciones y acciones, en relación a derechos, deberes o principios, en las relaciones entre la profesión y la sociedad. Es, entonces, imperativo que los profesionales soporten sus acciones en principios morales, y hagan una reflexión ética cuidadosa.

En busca de esta conducta profesional éticamente correcta, el abogado (objeto de nuestra observación) debe, entre otros aspectos, intentar conciliar los intereses y derechos de su constituyente, realizando su trabajo con consciencia de que cumple todas las obligaciones a las que se compromete.

Como se sabe, la abogacía es un oficio por el cual un profesional habla en nombre de terceros. Además, esos terceros casi siempre están implicados en problemas que les afligen y, porque no decir, que pueden cambiar los rumbos de sus vidas.

La responsabilidad que soporta un profesional de la abogacía es muy grande y constituye, por consiguiente, una de las actividades esenciales para la administración de la justicia.

Y para ello nuestra ONBC en conjunto con el Decreto Ley 81, Sobre el ejercicio de la abogacía y la organización Nacional de Bufetes Colectivos el 8 de junio y el 18 de diciembre de ese propio año se dictó su Reglamento y para darle protección jurídica al papel del abogado en el desempeño de la abogacía y visto la necesidad de adecuar el comportamiento individual dentro del ejercicio de la misma se han creado acuerdos por la ONBC con esta finalidad.

El abogado y el cliente.

El abogado se dedica, primordialmente, a hacer cumplir un mandato que le fue otorgado. Cuando eso no sucede, realiza trabajos de consultoría orientando jurídicamente a personas naturales o jurídicas. Sea cual sea su actuación, los intereses ajenos de significativa importancia están en juego.

La relación mantenida con el abogado debe ser, especialmente, de confianza. Donde se exige confianza, es necesaria la actuación ética. No hay forma de separar una relación pautada por la confianza de la conducta ética.

Sea como sea, la relación jurídica que subyace en la prestación del abogado, su acción se ve limitada por un gran número de deberes éticos y profesionales que prevalecen las características del contrato y lo ajustan, como se verá más adelante.

La relación contractual entre abogado y cliente tendrá que ser pacífica y cordial, pues ambos tienen intereses comunes. Sin embargo, ni siempre es así. Cuando la confianza recíproca entre abogado y cliente queda debilitada, debido al fallo de uno de ellos, pueden surgir conflictos e incluso nuevas acciones judiciales.

De forma general, las obligaciones del abogado consisten en defender el cliente en juicio y guiarle con asesoramiento profesional, por un lado. Por otro, el abogado actúa con obediencia a la justicia, al derecho y a la ley. Para que la relación entre abogado y cliente no sea fuente de prejuicio o decepción para uno de ellos, la buena fe objetiva debe ser adoptada como norma de conducta, pues tiene la función de

crear deberes laterales o accesorios, que sirven para integrar el contrato en lo que está omiso.

"el abogado debe emplear todos los esfuerzos a fin de evitar que su cliente ejerza cualquier represalia contra el adversario y sea menos correcto para con los abogados de la parte contraria, jueces o cualquier otro interviniente en el proceso".

La obligación asumida por el abogado, por regla general, no es dar como cierto el resultado, sino de medio, ya que, al defender la causa, está obligado a conducirla con toda la diligencia, y no se le impone el deber de entregar un determinado resultado.

De todas formas, aunque actúe con toda la diligencia, el éxito en el proceso judicial no depende solo del abogado, sino también de factores que no están a su alcance y control, razón por la que el abogado no puede ni debe crear falsas expectativas al cliente en relación a la solución de la cuestión que le fue planteada.

La confianza es un elemento clave en las relaciones del abogado con su cliente. Para que la confiabilidad se de en los profesionales de la abogacía son necesarios los principios de actuación que deben ser de obligados cumplimiento para todos los abogados, principios que deben de garantizarle a cada ciudadano que su abogado actuara con lealtad, competencia, con independencia, libertad y confidencialidad. La relación del abogado con su cliente es una relación de confianza que perdura mientras siga viva la confianza entre las dos partes no es posible defender y trabajar en beneficio de un cliente que no ha manifestado a su abogado la totalidad del conocimiento que tiene del asunto que ha puesto en sus manos, por el contrario es imposible depositar en manos de un abogado un asunto si con ese abogado en concreto no existe una relación especial de confianza que hace falta para llegar a la meta que se busca. Hay actuaciones ejecutadas por el letrado que pueden poner en peligro esa necesaria relación de confianza por lo que uno de los deberes accesorios mas importantes que complementa la prestación principal del abogado lo constituye el deber de no revelar los secretos confiados por su cliente puesto que en la relación contractual debe suministrar innumerables datos.

Esta relación se extiende más allá del estrictamente denominado abogado – cliente, pues supone no solamente la obligación de guardar secreto sobre las confidencias del cliente sino también del adversario y de compañeros. De este manera el secreto profesional se integra como parte de la protección de la confianza y lealtad entre abogado y cliente así como de los abogados entre si o la existencia con la parte contraria.

La actividad del letrado está vinculada a deberes accesorios que acompañan la prestación principal comprometida como pueden ser el incumplimiento de información o del deber de no revelar los secretos confiados de su cliente la custodia de la documentación recibida o entrega por el cliente y la independencia técnica en su labor profesional. El secreto profesional es un elemento esencial que configura la profesión del abogado, es el principio fundamental de las normas profesionales. La desaparición de este supondría la desaparición de la relación de confianza básica entre un abogado y su cliente. Por lo tanto, cualquier atentado que pudiera suponer la abolición o la supresión del secreto profesional supondría de forma indirecta la desaparición de la relación abogado-cliente, y como consecuencia un riesgo vital para la profesión del abogado. El Código de Ética de la ONBC, al determinar los principios generales deontológico de la abogacía cubana, dejo establecido en su artículo 4 inciso c que el abogado, en el ejercicio de la profesión, debe mantener la más estricta discreción sobre los asuntos en que participe con motivo a la actividad profesional.

Durante todos estos años La ONBC ha tenido como estrategia elevar la superación técnica y profesional de sus miembros para lograr servicios de excelencia, pero todo esto está en correspondencia con una constante vigilancia en el cumplimiento de las normas éticas de sus miembros.

Los retos que impone la homosexualidad en el Siglo XXI al Derecho

JUAN AMORES GALVEZ*

El presente trabajo está encaminado a reflexionar por parte de todos los juristas, en aras de lograr un pensamiento social, legal y humano en cuanto a la nueva tendencia creciente en relación a la homosexualidad, ya que cada día resulta más avanzada en el Ciudadano Cubano. No pretendemos convertimos en homofóbicos, tampoco en defensor de las personas que eligen satisfacer sus necesidades emocionales y sexuales con personas del mismo sexo, el objetivo de la presente es trasmitir lo arcaico que resulta el Derecho en relación a esta nueva tendencia en la que como parte de esta sociedad y juristas tenemos que enfrentar y responder. Es por ello que para todos los que de una forma u otra jugamos un papel histórico tanto como Abogados, Fiscales, Jueces, Consultores Jurídicos, Notarios, en fin para cada trabajador del sistema judicial, la Homosexualidad resulta un reto para el Derecho, por lo que debemos encaminar nuestro trabajo a perfeccionar nuestra legislación a fin de que se atempere a la realidad social y a la nueva tendencia que coexisten en la Cuba de hoy junto a los desafíos que nos impone la economía mundial y la nacional.

La Constitución de la República de Cuba[142] establece en su Artículo 41 lo siguiente: "Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes". Continúa el Artículo 42 "La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la ley.

Las instituciones del Estado educan a todos, desde la más temprana edad, en el principio de la igualdad de los seres humanos"

El Derecho en su función reguladora, determina un modelo conductual, tanto para la sociedad en general, destinataria de las normas jurídicas, como para los operadores del Derecho. Existe, en abstracto, un nexo inexorable que vincula a los poderes

*Licenciado en Derecho. Abogado del Bufete Colectivo de Güira de Melena, Artemisa, Cuba.
[142] Hace referencia a la Constitución cubana de 1976 con las modificaciones de 1992 y 2002.

constituidos en la observancia de las disposiciones jurídicas, que al mismo tiempo genera una suerte de patrón, de canon, regularidad, disciplina, en la actuación de cada uno de ellos, que es a lo que denominamos modelo de actuación jurídica. Este modelo además de contribuir a garantizar la seguridad jurídica a la que aspira todo ordenamiento jurídico, ofrece herramientas importantes para la apreciación, interpretación, ejecución o creación de cada norma jurídica a la hora de recabar las soluciones en la ley para corregir los conflictos que en su socialización presentan los seres humanos, dentro de las cuales se incluyen las personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, en lo adelante (LGBT). Cada sociedad erige y le imprime su impronta al modelo de actuación descrito en sus leyes y normas. Por tanto cada modelo debe entenderse de forma holística integrando elementos económicos, políticos, culturales, sociales e históricos.

La sexualidad es sólo una parte de la vida de un ser humano, la elección de pareja no trasciende al ámbito profesional, espiritual y social aunque los incorregibles y escandalizados prejuiciosos de siempre y otros de nuevo tipo hagan hasta lo indecible por convencer al mundo que sí. Por suerte para la humanidad existen muchas personas capaces, coherentes e inteligentes que no reducen el mundo al sexo. El sexo es íntimo, privado, personalísimo y las expresiones afectivas son decisiones de cada quién; jamás condicionadas por normas sociales o jurídicas, pero si bien vivimos en una sociedad moderna civilizada, el Derecho debe estar acorde al pensamiento, necesidades y aspiraciones de todo aquel que elige su propia libertad sexual

Enfoque social en relación al enfoque jurídico

Si bien la Constitución de la República establece en su Artículo 42 que “La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la ley”. , vemos que en la misma existen contradicciones que menoscaban el derecho y la libertad que pudiera tener la Comunidad gays, en el sentido de que en dicho cuerpo legal, Carta Magna de la República de Cuba en Artículos posteriores

hace una distinción discriminatoria en aspectos que reanudan en otras leyes en perjuicios de las personas de elegir libremente a su pareja, ejemplo de ello es lo que establece el Artículo 36 el que textualmente expresa: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el Desarrollo de las Actividades sociales de ambos”.

La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan.”

Comentario: Como se puede apreciar, dicho Artículo es discriminatorio y a la vez contradictorio con lo que primeramente se pronunció en cuanto a la libertad del Ciudadano Cubano en manifestarse o actuar de acuerdo a su pensamiento, vemos como se permite y autoriza el Matrimonio entre un hombre y una mujer, sin embargo hoy en día vemos la convivencia entre dos personas del mismo sexo e identificada socialmente como parejas y como si fuera un matrimonio, no reconocido legalmente no por su voluntad, si no por el imperio de la Ley, y sin embargo comparten los mismos deberes y derechos y ayudan ambos al mantenimiento del hogar, y tenemos que preguntarnos ¿qué sucede cuando estos deciden romper esa unión?, cuando uno de la pareja fallece?, cuando uno de ellos confronta problemas con la justicia?, cuando la pareja decide adoptar a un niño?, lo más sencillo, cuando la pareja deciden entrar a un Hotel juntos, a un Cabaret que exigen entrada por pareja, entiéndase hombre y mujer?. A partir de este momento nos percatamos de los retos que impone la homosexualidad al Derecho, razones por las que tenemos que prontamente reflexionar y ajustar nuestras normas a la realidad, exponiendo a continuación las diferentes ramas del Derecho en las que incide esta discriminación legal.

Ley de Procedimiento Penal

Esta Ley de fecha 13 de Agosto de 1977, en su primer Artículo, y la que mantiene como primordial objetivo ante una sociedad justa, la presunción de inocencia del

individuo, plasmando en el segundo párrafo del Artículo No. 1 lo siguiente “Todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. En consecuencia, la sola declaración de las personas expresadas no dispensará de la obligación de practicar las pruebas necesarias para la comprobación de los hechos.”

Comentario: Si bien en esta norma se protege a la inseguridad de una declaración vertida por algunos de las personas con vínculos sentimentales con el individuo involucrado en un Expediente criminosos, en la misma no se vincula como persona allegada íntimamente a quien comparte una relación de pareja de igual sexo, siendo discriminatorio en este sentido, ya que si bien dicha ley hace referencia al cónyuge, resulta contradictorio con lo que nuestras normas civiles establece como pareja en la que reconoce como unión matrimonial la relación de un hombre y una mujer, y entonces ante una situación dada y frente a una declaración viciada por alguien que en un momento convivió con persona de igual sexo, sentida por un sentimiento dañado por cualquier situación, este Artículo no surtiría efecto alguno, pudiendo el juzgador tener por probada cualquier declaración sin necesidad de apreciar otros medios de pruebas, razón por la que urge realizar un razonamiento en este sentido con el fin resolver esta problemática ante este nuevo acontecimiento aceptado socialmente que resulta la homosexualidad

Código Penal

En esta norma jurídica existen algunos aspectos que vulneran el derecho que puede tener y gozar aquellos individuos que comparten una relación de parejas, conocidos por todos como una relación estable y singular, con la diferencia que ambos poseen el mismo sexo.

El Artículo No. 1 refiere que el Código tiene como objetivos:

−proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y al régimen estatal;

−salvaguardar la propiedad reconocida en la Constitución y las leyes;

−promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos;

−contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia del respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista.

Teniendo en cuenta a estos objetivos, como cumpliría realmente su función si dentro de las garantías no están reservados los derechos y la protección jurídica a la Comunidad Gay, ejemplo de ellos fundamentaremos en los siguientes:

Artículo 160.3: En cuanto al delito de Encubrimiento refiere. “No se sanciona a quien realiza el hecho previsto en el apartado 1 para favorecer a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, siempre que no se aproveche de los efectos del delito.

Artículo 341.1 “Están exentos de responsabilidad con arreglo a este Código, sujetos solamente a la civil, por los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o daños que recíprocamente se causen:

a) los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea;

b) los hermanos y cuñados.

Comentario: Como se puede apreciar, en nuestra legislación hace referencia como protección jurídica al cónyuge, sin embargo en la actualidad están coexistiendo una nueva relación no contemplada en nuestra Constitución ni en nuestro Código de Familia, no obstante existe y se le está pidiendo de los niveles superiores a la ciudadanía el respeto, atención y la convivencia pacífica con estas personas que han elegido libremente su pareja sin importarle la condición de sexo, lo que significa un respeto a la Libertad Ciudadana, lo cual nuestra legislación no está aún preparada ni ha creado las condiciones en la protección de estos derechos.

Recuerdo que la Ley No. 21 Código Penal, establecía en su Artículo 359 como figura del Escándalo Público y sancionaba en su inciso a) “haga pública ostentación de su condición de homosexual o importune o solicite con sus requerimientos a otro:”, e incluso la sanción era de tres a nueve meses de privación de libertad, o multa hasta doscientas setenta cuotas o ambas.

Con la promulgación del nuevo Código Penal esta conducta desapareció, hoy en día vemos como de forma notoria e incluso criticada por muchos, los hombres se visten de mujeres, y también podemos ver parejas de igual sexo ir de la mano, quizás para mucho resulta bochornoso, inconcebible e inaudito, pero esa es la realidad y tenemos que atemperarla a nuestras normas jurídicas, ya que al carecer de los fundamentos legales que sirvan de protección a estos individuos acarrea perjuicios para estas personas que también forman parte de la sociedad, no siendo tan significativos los aspectos antes mencionados, si no los que más repercute a cada miembro de la pareja y ocasiona más daños son aquellos regulados en la esfera Civil, como fundamentaremos a continuación en los siguientes

Código Civil

Artículo 510: “Son herederos llamados por la ley los hijos y demás descendientes, los padres, el cónyuge, los demás ascendientes, y los hermanos y sobrinos.

Comentario: He conocido a parejas de igual sexo que han compartido sus vidas durante muchos años, conviviendo juntos bajo el mismo trecho, ambos han cooperado al mantenimiento del hogar, adquiriendo bienes y haciendo uso en común de las ganancias adquiridas con el trabajo diario, sin embargo nuestra legislación es omisa en reconocer los derechos que en la sucesión le pudiera corresponder a un miembro de la pareja en caso de la ausencia por muerte de su acompañante, sin embargo vemos y compartimos la campaña pública ante la Homofobia, no obstante el Derecho se ha comportado alejado, y le ha dado la espalda a estas tendencias cada día en aumento, no protegiendo legalmente a parejas ante las problemáticas que se le pueda enfrentar ante una separación de dicha relación, pudiendo enfrentar a una disolución sin que pueda efectuarse una Liquidación de Bienes que consiguieron ser adquiridos dentro de esta convivencia, lo que nuestra legislación de familia fundamenta en el siguiente Artículo

Código de familia

Artículo 38: “La comunidad matrimonial de bienes termina por la extinción del matrimonio. Los bienes comunes se dividirán por mitad entre los cónyuges, o, en

caso de muerte, entre el sobreviviente y los herederos del fallecido. Cuando el vínculo matrimonial se extinga por causa de nulidad, el cónyuge que por su mala fe hubiese dado motivo a dicha causa no tendrá participación en los bienes de la comunidad matrimonial. Cualquiera de los cónyuges podrá renunciar en todo o en parte a sus derechos en la comunidad matrimonial de bienes, después de extinguido el vínculo matrimonial. La renuncia deberá constar siempre por escrito."

Comentario: En dicho Artículo hace referencia a la comunidad matrimonial de bienes, sin embargo ¿qué se entiende por Comunidad Matrimonial en este Código?

El Artículo 2 del Código de Familia refiere "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común."

Si nuestra ley es restringida y solo reconoce como matrimonio la unión entre un hombre y una mujer, entonces los demás derechos que ofrece esta norma para la familia es discriminatoria y carente de derechos para la nueva formación de parejas homosexual, cuestión que resulta un reto para el Derecho, ejemplo de ello es lo relacionado a la Tutela en su Artículo 101, el que establece que los únicos autorizados para solicitar la Tutela son los cónyuges, es decir dicha norma se limita solamente en beneficiar a los que mantengan un matrimonio lo que se entiende un hombre y una mujer, y habría que preguntarse, es que ya la sociedad no está preparada para aceptar que una pareja homosexual adopte a un menor, es que los menores actualmente no están preparados para aceptar esta nueva opción de elección libremente de la pareja, es que acaso no se dice que estos menores que conviven con personas de estas características nacen con una mentalidad más libre y despojada de discriminación?, entonces tenemos que pensar que las normas de Derecho tienen que ser modificadas y acoger en sus articulados esta nueva modalidad de relación

Tenemos que reconocer que la única norma jurídica que ha revolucionado en nuestro País y que ha sido pionero en mostrarse conforme con los derechos de los homosexuales es el Código de Trabajo, recogiendo dentro de sus principios específicamente en su Artículo 2 lo siguiente:

Los principios fundamentales que rigen el derecho de trabajo son:

b) “igualdad en el trabajo; 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.

Comentario: Por primera vez vemos en una norma legislativa la equiparación como sujeto de Derechos a las personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, (LGBT) y la no discriminación a todo aquel por su orientación sexual, no siendo su condición ostentosa a su condición contraria a su sexo motivo para no ser ubicado en la esfera laboral a cualquier nivel de dirección o como simple técnico, profesional o un simple trabajador, lo que es un resultado del trabajo de orientación a la familia y a la sociedad por el equipo dirigido por la Lic. Mariela Castro Espín. Directora del Centro Nacional de Educación Sexual, siendo un reto para las demás esfera del Derecho dar respuesta a este nuevo desafío.

Conclusiones

No pretendemos con este trabajo apoyar la idea de que se autorice el Matrimonio entre parejas de igual sexo, soy del criterio que lo establecido en el Artículo 2 del Código de Familia se debe mantener, ya que no es concebible un matrimonio de una forma diferente entre un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, ahora si considero que en nuestras normas sustantivas se debe incluir un elemento que sirva de protección a todos aquellos que hayan adoptados por convivir en parejas de igual sexo, como pudiera ser ejemplo:

- El que haya mantenido una relación de pareja demostrada, residiendo junto bajo el mismo techo por más de 5 años de forma ininterrumpida.

Si a cada una de nuestras normas jurídicas se le agregara este nuevo elemento quedaría redactado de la forma siguiente:

Ley de Procedimiento Penal

Artículo No. 1: “Todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como el que haya mantenido una relación de pareja demostrada, residiendo junto bajo el mismo techo por más de 5 años de forma ininterrumpida . En consecuencia, la sola declaración de las personas expresadas no dispensará de la obligación de practicar las pruebas necesarias para la comprobación de los hechos.”

Código Penal

- Artículo 160.3: En cuanto al delito de Encubrimiento refiere. “No se sanciona a quien realiza el hecho previsto en el apartado 1 para favorecer a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, o al que haya mantenido una relación de pareja demostrada, residiendo junto bajo el mismo techo por más de 5 años de forma ininterrumpida, .siempre que no se aproveche de los efectos del delito.

Artículo 341.1 “Están exentos de responsabilidad con arreglo a este Código, sujetos solamente a la civil, por los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o daños que recíprocamente se causen:

a) los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea;

b) los hermanos y cuñados.

c) el que haya mantenido una relación de pareja demostrada, residiendo junto bajo el mismo techo por más de 5 años de forma ininterrumpida.

Código Civil

Artículo 510: “Son herederos llamados por la ley los hijos y demás descendientes, los padres, el cónyuge, los demás ascendientes, y los hermanos y sobrinos, así como el que haya mantenido una relación de pareja demostrada, residiendo junto bajo el mismo techo por más de 5 años de forma ininterrumpida

Código de Familia

Artículo 38: “La comunidad matrimonial de bienes termina por la extinción del matrimonio. Los bienes comunes se dividirán por mitad entre los cónyuges, o, en caso de muerte, entre el sobreviviente y los herederos del fallecido. Cuando el vínculo matrimonial se extinga por causa de nulidad, el cónyuge que por su mala fe hubiese dado motivo a dicha causa no tendrá participación en los bienes de la comunidad matrimonial. Cualquiera de los cónyuges podrá renunciar en todo o en parte a sus derechos en la comunidad matrimonial de bienes, después de extinguido el vínculo matrimonial. La renuncia deberá constar siempre por escrito.”

Tendrán igual derecho de lo expresado en el apartado anterior a los efectos de la liquidación de los bienes comunes, los que hayan mantenido una relación de pareja demostrada, residiendo junto bajo el mismo techo por más de 5 años de forma ininterrumpida

Para culminar este trabajo me referiré a un pensamiento de la Lic. Mariela Castro Espín

“La sexualidad es mucho más compleja y diversa de lo que los seres humanos somos capaces de imaginar: la progresiva aproximación a su estudio científico nos sitúa ante un interesante laberinto cuyas claves solo podemos encontrar en su abordaje multidisciplinario, desde una ética humanística crítica. Analizar la relación entre sexos, sexualidades y diversidad sexual, nos obliga a reconocer las insuficiencias de los referentes culturales que hasta el momento hemos construido y comenzar a sustituirlos por una visión más cercana a las realidades humanas, basada en la necesidad de crear y respetar nuevas normas que reconozcan la existencia de la diversidad sexual, con sus correspondientes derechos y deberes, límites y posibilidades por medio de los cuales se organiza sexualmente la vida erótica. Una visión que contribuya a eliminar la dominación y subordinación sexual como garantía de nuevas relaciones sociales y sexuales, de nuevas oportunidades de placer y elección”

Bibliografía

Trabajos Investigativos tomados del Centro Nacional de Educación Sexual

- Homosexualidad, Homofobia, Homopensamiento. Realidades y Retos. Lic. Yuliet Casamayor Sarmiento, Licenciada en Derecho.
- Algunas consideraciones sobre la actuación jurídica, ante la solución de los conflictos de las personas LGBT. Una mirada crítica desde Cuba.

  Msc. Zulendrys Kindelán Arias
- El sexo como juez universal del ser humano

  Lic. Mariela Castro Espín

Legislación Consultada:

- Ley No. 5 de13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal
- Ley No. 62 de 29 de Diciembre de 1987 Código Penal
- Ley No. 59 de 16 de Julio de 1987. Código Civil
- Ley No. 1289 de 14 de Febrero de 1975, Código de Familia

Comportamiento ético de la abogacía cubana

KATIA LAUDELINA GÓNGORA TEXIDOR*

Introducción:

En Cuba, con el triunfo revolucionario del 1ro. de enero de 1959, se inició un proceso de profundas transformaciones sociales basadas en una ideología socialista y por tanto ello también tuvo su reflejo en el ejercicio de la abogacía.

La nueva forma de agrupación de los abogados creada ya hace 50 años ha constituido un símbolo del carácter humanista y genuinamente popular de la justicia revolucionaria cubana, en contraposición a las motivaciones e intereses individualistas y egoístas que caracterizaban el ejercicio privado de la profesión en Cuba.

En este contexto la organización y en particular sus abogados, tenemos importantes retos los que de una forma u otra se relacionan con la representación y asistencia legal en las condiciones del reordenamiento económico, empresarial y laboral, con la participación en el incremento con las nuevas formas de gestión no estatal, en la agilización de los trámites de la población y en la elevación de la cultura jurídica de la nación.

Esos son los abogados de hoy, herederos de lo mejor de las tradiciones patrióticas y jurídicas de nuestro pueblo y a la vez, síntesis de los más enaltecedores valores de las nuevas generaciones. En tal caso, no se debe dejar de reconocer, que la ética, sin dudas, constituye un baluarte indispensable para alcanzar el éxito en las organizaciones, tal es el caso de los Bufetes Colectivos. Los Bufetes Colectivos están integrados por juristas que prestan el servicio de asesoría y representación de las partes ante los órganos judiciales, arbítrales y administrativos.

La Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) es una entidad autónoma nacional, no estatal, de interés social y carácter profesional; autofinanciada, con personalidad jurídica y patrimonio propio; con una extensa red de 184 Bufetes a lo largo y ancho de todo el país. Esta organización, por su importancia, ha decidido

regular y gestionar conscientemente las normas de la ética, teniendo en cuenta la importancia que ello requiere.

Está basado el trabajo también en la experiencia de la autora como miembro de la organización objeto de estudio. Se han utilizado como técnicas fundamentales la revisión documental, el análisis bibliográfico y la observación participante.

Respecto a los autores fundamentales en el estudio de la ética, no puede obviarse al alemán Immanuel Kant, quien reflexionó acerca de cómo organizar las libertades humanas y de los límites morales. Otros autores que analizaron los principios éticos fueron Aristóteles, Baruch Spinoza, Jean Paul Sartre, Michel Foucault, Friedrich Nietzsche y Albert Camus.

Para su presentación, el trabajo se estructuró sobre la base de varios capítulos:

Capítulo 1. Marco teórico de la investigación: definiciones teóricas de la categoría de análisis del estudio.

Capítulo 2. Referencial: se ofrece una breve caracterización de la organización.

Capítulo 3. Productivo: Se caracteriza, a partir de un conocimiento profundo de lo que ha hecho la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en cuanto a la ética profesional.

Con la realización del presente trabajo, se asumirán los retos que propone el análisis de una organización sumamente compleja y heterogénea, debido, fundamentalmente, a su amplio radio de acción, así como a la diversidad de características del público interno y externo que la conforma y al objeto social que la distingue.

DESARROLLO:

Capítulo 1. Marco teórico de la investigación.

1.1. Definición de ética y moral

La ética se relaciona con el estudio de la moral y de la acción humana. El concepto proviene del término griego ethikos, que significa “carácter”. La palabra "moral" viene de la palabra latina *"morales"*, que significa "relativo a las costumbres". La ***ética*** es

un conjunto de conocimientos derivados de la investigación de la conducta humana al tratar de explicar las reglas morales de manera racional, fundamentada, científica y teórica. Es una reflexión sobre la moral.

La ***moral*** es el conjunto de reglas que se aplican en la vida cotidiana y todos los ciudadanos las utilizan continuamente. Estas normas guían a cada individuo, orientando sus acciones y sus juicios sobre lo que es moral o inmoral, correcto o incorrecto, bueno o malo.

Una sentencia ética es una declaración moral que elabora afirmaciones y define lo que es bueno, malo, obligatorio, permitido, etc. en lo referente a una acción o a una decisión. En un sentido práctico, el propósito de la ética y la moral es muy similar. Ambas son responsables de la construcción de la base que guiará la conducta del hombre, determinando su carácter, su altruismo y sus virtudes, y de enseñar la mejor manera de actuar y comportarse en sociedad.

Por lo tanto, cuando alguien aplica una sentencia ética, sobre una persona, esta realizando un juicio moral. La ética, pues, estudio la moral y determina como deben actuar los miembros de una sociedad. Consiguientemente se la define como la ciencia del comportamiento moral.

Claro que la ética no es coactiva, ya que no impone castigos legales (sus normas no son leyes). La ética ayuda a la justa aplicación de las normas legales en un estado de derecho, pero en si misma no es punitiva desde el punto de vista jurídico, sino que promueve una autorregulación.

La ética puede dividirse en diversas ramas, entre las que se destacan la ética normativa (son las teorías que estudia la axiología moral y la deontología, por ejemplo) y la ética aplicada (se refiere a una parte especifica de la realidad, como la bioética y la ética de los profesionales).[143]

1.2. Organización

Una organización surge al establecerse una relación entre un grupo de individuos, regida por normas compartidas y roles específicos que facilitan la planificación,

[143] **http://www.significados.com/etica-y-moral**

realización y control de las diferentes actividades que estos se propongan. Por ello, una organización no es más que todo tipo de agrupación de personas unidas por un interés común, cuyos fines han de estar definidos con precisión y compartidos de una manera colectiva. Pueden diferir en dimensiones y propósitos tanto como lo demande la naturaleza del objetivo que las une, y tratarse de grandes empresas o instituciones, asociaciones gremiales o grupos más pequeños, fábricas, cualquier tipo de centro, con fines lucrativos o no.

Luego de unirse por un interés común, estas personas con roles definidos y compartidos pasan a ocupar una posición específica en el llamado organigrama de la organización, que no es sino el mapa funcional de la misma, en el cual se muestra la ubicación jerárquica de sus miembros y la manera en la que estos deben interactuar, atendiendo a un orden de prioridad formal en las tareas de responsabilidad, mando y comunicación, entre otras, que estos han de asumir.[144]

Para muchos teóricos, la organización es un sistema de procesos interrelacionados e interdependientes entre sí que actúan (o deben hacerlo) armónicamente. Como todo sistema, los estudiosos del tema reconocen también la capacidad que tiene este de relacionarse con el exterior, es decir, con la sociedad, de la cual se reciben unas influencias o inputs y a la que se le dan unos resultados u outputs.

La organización es un sistema porque está compuesta por partes independientes, asociadas según una estructura propia y porque posee límites que permiten definirla y aislarla del mundo exterior. Al mismo tiempo, considera que dicho sistema es abierto, pues la organización es capaz de adaptarse a las variaciones del medio exterior, según la capacidad de dirección de sus dirigentes y la manera como se comporten sus miembros. Según el tipo de función, las organizaciones pueden clasificarse en empresarial, comercial, educativa, pedagógica, gubernamental, administrativa, militar, publicitaria, cultural o de salud, entre otras.

[144] **http://es.wikipedia.org/wiki/Organización**

Capítulo 2. Referencial.

Desde el justo momento de la entrada a Cuba de Cristóbal Colón, comienza un paulatino proceso de introducción de las estructuras coloniales y de la administración de justicia españolas en la Isla. A partir de 1819, por orden del Rey Fernando VII se establecen Colegios de Abogados en La Habana y Puerto Príncipe. El primero se funda en la ciudad de Puerto Príncipe en 1831, con estatutos propios inspirados en el Colegio de Abogados de Madrid. Motivos políticos determinaron que el Colegio de Abogados de La Habana surgiera con posterioridad y que se estableciera definitivamente en 1879. Desde 1842 se habían constituido los de Santiago de Cuba y Trinidad - Remedios - Sancti Spíritus.

Los Colegios de Abogados fueron centros donde se aglutinaba una intelectualidad permeada por las ideas más liberales de la época, de ahí que muchos de los líderes de las gestas independentistas cubanas fuesen abogados o pertenecieran a los Colegios constituidos en ese período. Figuras como Carlos Manuel de Céspedes (primer Presidente de la República en Armas); El Mayor Ignacio Agramonte; Perucho Figueredo (autor del Himno Nacional de Cuba), por sólo citar algunos, eran abogados e, inclusive, dirigentes del gremio.

Al culminar la contienda de 1895, con el establecimiento del gobierno interventor yanqui, se dicta la disolución del Colegio de Abogados (Orden Militar No. 500, de 10 de diciembre de 1900). A partir de ese momento no era requisito la inscripción en ningún colegio de Abogados para ejercer tal profesión.

El 27 de enero de 1909, el gobernador Provisional de la Isla puso en práctica la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto No. 127) que en su título XV, "De los abogados y procuradores" regulaba todo lo concerniente al ejercicio de la abogacía en Cuba. El artículo 328 de este cuerpo legal estableció la colegiación como requisito para el ejercicio profesional, lo cual se ratificó en la nueva Constitución de la República, promulgada en 1940.

La legislación complementaria de la Constitución, en esta materia, fueron el Decreto No. 781 de 15 de marzo y la Ley No. 4 de 13 de noviembre, ambos de 1944. En el primero se disponía que el mencionado requisito debía cumplirse por los abogados

en un plazo no mayor de 30 días, mientras que la Ley concedía a las agrupaciones de abogados personalidad jurídica para actuar en el cumplimiento de sus fines y les otorgaba acción para perseguir criminalmente, como acusadores particulares, los casos de intrusismo profesional; se dispuso, asimismo, la obligación de los colegios de acordar y remitir a la Gaceta Oficial de la República de Cuba, los Estatutos o Reglamentos que regularan su vida institucional. En este sentido, en julio de 1948, la Asamblea Nacional de Abogados aprobó un Código de Ética uniforme para todos los Colegios del país.

A partir del 1ro. de enero de 1959 con la llegada al poder del Gobierno Revolucionario, se produce un paulatino proceso de radicalización y de cambios en las estructuras centrales de gobierno y de todo el orden social establecido, que lógicamente incidió también en la reestructuración del Colegio de Abogados. De modo que en 1962, se aprueba un nuevo Estatuto del Colegio de Abogados de La Habana, que derogaba el establecido desde 1949, y ya el 21 de diciembre de 1964, la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de La Habana, propone al Ministro de Justicia la creación de una agrupación de abogados que se denominaría Bufetes Colectivos y que debería funcionar acorde con bases propuestas por la propia Junta.

El 22 de enero de 1965, se dicta la Resolución No. 18 del Ministerio de Justicia (MINJUS), que aprueba la creación del primer Bufete Colectivo en la capital del país, que estaría sujeto a la jurisdicción del Colegio de La Habana, bajo la orientación y supervisión del Ministro.

En fecha posterior, 25 de abril de 1966, el Consejo de Ministros dicta la Ley No. 1189, que disponía la inscripción de los abogados en el Registro de Ministerio de Justicia, como condición indispensable para el desempeño profesional. De este modo, se elimina la abogacía como ejercicio privado en Cuba y propicia que el Bufete Colectivo se convierta en una dependencia más del Ministerio de Justicia. No obstante, hasta 1974 coexistieron en el país ambas modalidades de ejercicio profesional --abogados que ejercían privadamente y Bufetes Colectivos del Ministerio de Justicia.

El 23 de junio de 1973, el Consejo de Ministros dicta la Ley No. 1250, Ley de Organización del Sistema Judicial, que elimina de manera radical el ejercicio privado de la abogacía y crea una nueva y peculiar institución, más acorde con el interés público de esa profesión y su trascendencia social, que se apartaba de la concepción organizativa y estructural existente hasta ese momento. La nueva Organización era definida por la Ley como una "institución autónoma nacional".

Esta Ley instituye los Bufetes Colectivos e instaura la categoría específica de los abogados, integrada por juristas que prestan el servicio de dirección y representación de las partes ante los órganos judiciales, arbitrales y administrativos, lo cual se ratifica en virtud de la Ley No. 4, de 10 de agosto de 1977, que sustituyó la Ley promulgada en 1973.

Posteriormente, y con el propósito de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento del ejercicio de la abogacía, atendiendo a las normas de la ética profesional en el ámbito de la sociedad, se procede a la reorganización total de los Bufetes Colectivos con el apoyo estatal más amplio. Por ello, el Consejo de Estado, en uso de las facultades que le confiere el artículo 88 (inciso c) de la Constitución de la República, dicta con fecha 8 de junio de 1984, el Decreto-ley No. 81, Sobre el ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, en adelante ONBC.[145]

La Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) es una entidad autónoma nacional, no estatal, de interés social y carácter profesional; autofinanciada, con personalidad jurídica y patrimonio propio; con una extensa red de 184 Bufetes a lo largo y ancho de todo el país y 84 Unidades Territoriales, contando con el Municipio Especial Isla de la Juventud, una Dirección Provincial en cada municipio cabecera de las 15 Provincias; con cincuenta años de experiencia en la prestación de los servicios legales, integrada por más de 2 000 abogados de gran prestigio técnico profesional en el país.

[145] Breve reseña sobre los orígenes de la abogacía en Cuba y su posterior desarrollo hasta la fundación de la ONBC.

La ONBC le brinda representación legal en las diferentes materias de Derecho entre las que se destacan:

- Civil y Familia.
- Penal.
- Laboral.
- Administrativo.
- Asesoramiento Legal a Personas Jurídicas.
- Otros asuntos legales.

Además contamos con el Bufete de Servicios Especializados (BES), que es una entidad dirigida a asesorar, brindar todo tipo de asistencia legal y representar a personas naturales y jurídicas extranjeras y ciudadanos cubanos residentes en el exterior, ante los órganos de Arbitraje, Tribunales, Aduanas, Registros y cualquier otra institución del Estado.

El BES, con su Casa Matriz en La Habana, cuenta con filiales en todas las capitales de provincias y polos turísticos del país, mantiene corresponsalía con varios bufetes de otros países. Es miembro asociado de la Cámara de Comercio de la República de Cuba.

El BES le ofrece:

- Consultas legales.
- Asesoramiento y asistencia legal en negocios.
- Procesos ejecutivos de título de créditos.
- Administrativos.
- Obtenciones y legalizaciones de documentos.
- Dictámenes legales.
- Representaciones legales.
- Instantáneas jurídicas.

- Liquidaciones de herencias.
- Filiaciones.
- Divorcios.
- Impugnaciones y reconocimientos de paternidad.
- Adopciones.
- Defensas Penales.
- Notariales: matrimonios, constitución de compañías y protocolizaciones.

La ONBC cuenta con un Sistema de Supervisión, estructurado desde la base hasta la instancia nacional, en el que participan como eslabón fundamental de este Sistema los Jefes de Equipos, Directores de Unidades y Bufetes, Supervisores Provinciales y el Departamento Técnico de la JDN, mediante el cual se consolida la aplicación de los Lineamientos Metodológicos y de los Parámetros de Calidad aprobados para la prestación del servicio a Personas Naturales y Aspectos a cumplimentar a Personas Jurídicas, garantizando además el cumplimiento de los fines previstos por la Organización y la excelencia en la calidad del servicio que prestamos.

Dentro de nuestros fines plasmados en las disposiciones legislativas que estructuran el funcionamiento de la ONBC, se encuentra además el estimular la superación jurídica y cultural de su membresía, para contribuir a elevar la eficiencia profesional en los servicios y en tal sentido se cuenta con un Programa de Desarrollo Profesional que incluye desde la preparación personal hasta la colectiva en equipo y actividades de carácter permanente como Jornadas Técnicas, Conferencias Jurídicas Provinciales y Nacionales y otras actividades de superación postgraduada.

En cuanto a Formación Académica de postgrado se ha trazado como línea de trabajo lograr la Especialización de todos los abogados y en tal sentido se desarrollan en coordinación con las Facultades de Derecho del país Especialidades y Maestrías en Derecho Mercantil, Económico y Financiero, Asesoría de Empresa, Derecho Civil, Penal, entre otras Ramas del Derecho, lo que ha permitido contar con más de 300

Especialistas y Master en todo el territorio nacional. En este orden además 30 abogados están cursando el Doctorado. Como colofón se dan pasos para la creación de Equipos Multidisciplinarios en todas las provincias, que puedan brindar servicio Especializado en cualquier Rama del Derecho.

Para la consolidación de estos resultados en el orden profesional la ONBC tiene creados un Centro Nacional de Desarrollo Profesional, que ejecuta la política aprobada en este campo y que traza, supervisa y controla las líneas de trabajo debidamente aprobadas por la Asamblea General y la Junta Directiva Nacional, en función de elevar a planos superiores el desarrollo profesional de nuestra membresía.

En cumplimiento de nuestra razón de ser en la prestación de los servicios jurídicos la ONBC suscribe anualmente unos 244 mil contratos a Personas Naturales y más de 3 mil a Personas Jurídicas, además de prestar el servicio de orientación y consulta a toda la población de forma gratuita, obteniéndose un nivel anual de cerca de 30 millones de pesos en ingresos totales, incluyendo otros ingresos derivados de la misma como: servicio integral, sellos, etc.

Misión

Prestar servicios con calidad a personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, contando con profesionales calificados en todas las ramas del derecho, poseedores de una elevada cultura intelectual y ética profesional, y eficacia en su gestión, reconocida por los clientes y la sociedad.

Visión

La ONBC, quiere ser reconocida, en un futuro, como una institución que ha logrado:

1. Prestación de servicios técnico-profesionales, cuya calidad resulte constatable mediante sistemas de control fiables.
2. Consolidar una fuerza laboral integrada por miembros y trabajadores que compartan objetivos y valores comunes y luchen por su realización en un clima organizacional conforme a las normas y principios de nuestra sociedad socialista.

3. Participación activa en las actividades fundamentales de la vida y cultura jurídica de la nación, con reconocimiento del aporte intelectual de sus miembros y acorde con los lineamientos de la política económica y social del país.
4. Un sistema de información, comunicación y control interno coherente en todos sus niveles.
5. Mantenerse como una institución económicamente sustentable.
6. Contar con las estructuras y cuadros necesarios para dirigirla.
7. Lograr una fuerza laboral de abogados, especialistas, técnicos y trabajadores con progresión profesional demostrada.
8. Alcanzar un desarrollo tecnológico, aprovechando la conectividad y las nuevas tecnologías, con un personal calificado para explotarla.
9. Lograr y mantener adecuadas condiciones materiales y de aseguramientos en los locales de prestación del servicio que lo requieran.

Valores compartidos

1. Profesionalidad.
2. Integridad
3. Compromiso Social

Capítulo 3. Productivo.

Que ha hecho la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en cuanto a la ética profesional.

En los Campos de Jimaguayú, Camagüey, el 8 de febrero de 1997, abogados cubanos, herederos y continuadores del trabajo creador y de las tradiciones de combatividad, firmeza, heroísmo y sacrificio forjadas por nuestros antecesores y guiados por el pensamiento y el actuar de los próceres e insignes abogados que en su momento hicieron brillar la profesión y enriquecieron la historia patria con su participación en nuestras gestas libertadoras como Carlos Manuel de Céspedes, Ignacio Agramonte y Loynaz, José Martí y Pérez, Rubén Martínez Villena; imbuidos de las

justas, nobles y humanas ideas del Socialismo e inspirados en el ejemplo del Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz; conscientes de la importancia de la misión social y de la defensa a la Revolución; para lograr el más puro y sagrado ejercicio de la profesión; firmaron el Código de Ética de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC).[146]

La Organización Nacional de Bufetes Colectivos con su red de unidades y bufetes en todo el país tiene, entre sus fines primordiales, la prestación de servicios legales de todo tipo a las personas naturales y jurídicas cubanas y extranjeras y nuestra principal divisa, en ese fin, es que ese servicio sea prestado con calidad, es decir, con profesionalidad y esa profesionalidad tiene un vínculo indisoluble, inseparable, indispensable con la ética y su observancia estricta es, por tanto, un requisito tan importante como la vocación por la justicia.

La ONBC tiene como misión prestar servicios legales con calidad, contando con profesionales calificados en todas las ramas del derecho. Poseedores de una elevada cultura intelectual y ética profesional, y eficacia en su gestión, reconocida por los clientes y la sociedad.[147]

De igual manera dentro de los Objetivos Estratégicos de la ONBC el No. 3 es el de lograr un comportamiento ético superior en cuadros, miembros y trabajadores, que se identifica, de una forma u otra, con los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido Comunista de Cuba (PCC) y la Revolución y los Objetivos de la Primera Conferencia Nacional del PCC.[148]

Lineamiento 12:´´La elevación de la responsabilidad y facultades hace imprescindibles exigir la actuación ética de las entidades y sus jefes, así como fortalecer su sistema de control interno, para lograr los resultados esperados en cuanto al cumplimiento de su plan de eficiencia, orden, disciplina y el acatamiento absoluto de la legalidad´´.[149]

[146] Preámbulo del Código de Ética de la ONBC.
[147] Planificación Estratégica para el Trabajo de la ONBC 2015-2019
[148] Objetivos Estratégico de la ONBC 2015-2019
[149] Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido Comunista de Cuba y la Revolución.

Objetivo No.42: ´´Enaltecer el carácter ético y productivo del trabajo como forma de contribución consiente a la sociedad, […]´´[150]

En el desarrollo de su actividad los abogados se relacionan con jueces, fiscales, peritos, personas interesadas como partes en los procedimientos judiciales, con sus propios compañeros de especialidad y fundamentalmente, con los ciudadanos cuyos intereses son el obtener un buen servicio.[151]

La importancia del trato profesional con ética radica en la confianza y seguridad que inspira el servicio brindado hacia quien lo recibe, que no solo habla de quien presta el servicio jurídico sino de la Entidad a la que este representa. Siendo capaz desde el primer encuentro de transmitir los conocimientos haciendo uso de un lenguaje sencillo, acorde al nivel escolar de cada usuario.

Siendo interés de nuestra ONBC que sea este el sentir de todos y cada uno de nuestros miembros, ahí que se encuentra regulado de forma exquisita en las Normas Reglamentarias para el Funcionamiento Interno, *Capítulo: II, Norma: 14, SISTEMA DE DIRECCIÓN Y CONTROL EN LA ONBC, NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE ÉTICA.*

Con las Normas de Procedimiento para la Aplicación del Código de Ética se regula de forma uniforme, única, la ética de la abogacía cubana. Perfeccionándose constantemente dicha actividad a través de los Acuerdos de la Junta Directiva Nacional de la ONBC, Encuentros Técnicos, Congresos y Asambleas de Reafirmación de la Ética, estas últimas están orientadas a desarrollar un proceso ético encaminado a crear valores superiores en la prestación de los servicios legales por nuestros profesionales y trabajadores, así como trabajar en la prevención de comportamientos y conductas negativas que atentan contra la correcta atención a la población y la calidad del servicio jurídico.

Para la aplicación del Código de Ética de la Organización se constituirá una Comisión de Ética a nivel provincial y una Comisión Permanente de la Asamblea General.

[150] Objetivos de la Primera Conferencia Nacional del Partido Comunista de Cuba.
[151] Código de Ética de la ONBC.

La Junta Directiva Nacional podrá, mediante Acuerdo, constituir comisiones especiales de Ética en territorios o dependencias que por sus características así lo ameriten.

Todos los cargos de las Comisiones de Ética serán elegidos o designados por un período de cinco años, de acuerdo con el mandato de la Asamblea General y son revocables cuando así se decida por la mayoría de quienes los eligieron o del órgano que los designó.

Las Comisiones Especiales se conformarán por tres miembros de la Unidad o dependencia en que se constituyan.[152]

Existe un Régimen Disciplinario para los miembros de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos que incurren en faltas disciplinarias por el incumplimiento de cualquiera de los deberes y obligaciones establecidos en el Reglamento del presente Decreto-Ley, en los Acuerdos de la Asamblea General de la Organización o de su Junta Directiva Nacional, o en las normas de ética.[153]

La Secretaria de la Junta Directiva Nacional de la ONBC tiene dentro de sus misiones lograr mayor eficiencia en el funcionamiento de las Comisiones de Ética, en la sistematicidad y profundidad de los análisis y más del 90% de efectividad en la tramitación de los expedientes.[154]

Implica además consagración de ser cada día mejores, de saber quiénes somos y a donde vamos, de trazar estrategias y metas en beneficio del mejor servicio brindado, y el de una superación profesional que aumente la preparación de nuestros miembros, tanto para esta generación de abogados y a las futuras también.

Que no sea una utopía sino una realidad palpable, latente en ascenso. Baluarte del trabajo diario y cotidiano. Bandera y guía del camino a seguir.

Conclusiones:

Una vez realizado un estudio pormenorizado sobre los aspectos más significativos en el orden normativo de la ética profesional en la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

[152] Normas de Procedimiento para la Aplicación del Código de Ética de la ONBC.
[153] Decreto-Ley número 81Sobre el ejercicio de la abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.
[154] Planificación Estratégica para el trabajo de la ONBC 2015-2019.

1. El enfrentamiento a las violaciones de la ética profesional en la ONBC debe ser oportuna, para un buen funcionamiento de la organización.
2. Dentro de los Equipos de trabajo se deben elegir como jefe de estos a abogados que sean dignos de ejemplo en su actuar cotidiano.
3. Abordar el tema de la ética en cuantas reuniones o encuentros se hagan, pues el elemento preventivo es el que debe primar.
4. Las Comisiones de Ética deben realizar una investigación certera para actuar con justeza.
5. No crear estigmas en los compañeros que hayan manifestado comportamientos violatorios de la ética, al contrario se debe tratar de sumarlos para que entiendan que su modo de actuar no es el más correcto.

Recomendaciones:

Por la importancia de la interacción que tienen con el público los técnicos jurídicos y otros trabajadores de la ONBC (custodios, recepcionistas, cajeros y demás), consideramos que deberían tener, de igual forma que los Miembros de la ONBC, un Código de Ética que regule la conducta que se debe haber con un cliente, pues ellos también forman parte del Servicio Jurídico como personal auxiliar, ya que un mal actuar de estos puede traer consigo una mala imagen de la Organización y todo el esfuerzo del abogado, por la calidad del servicio, decaiga.

Acotamos que aunque el Código de Ética es de la ONBC, se refiere solo al ejercicio de la abogacía y no al personal auxiliar.

Reflexiones sobre la Ética, la moral, los valores y la conducta cívica de la abogacía vista desde el contexto de la Transferencia

PABLO SUÁREZ BAYÓN*

Introducción:

Con el presente trabajo, nos proponemos responder un grupo de interrogantes que están asociados a la honestidad, transparencia y responsabilidad del abogado en el ejercicio laborioso, en que nuestra profesión nos coloca cada día, como función social, para alcanzar loa valores compartidos de la ONBC en especial para las nuevas generaciones de colegas que se incorporan a esta actividad.

- Profesionalidad
- Integridad
- Compromiso social

La Ética a Debate desde La Visión de Bufetes Colectivos

Sentenció un colega El derecho es un modelo conductual paradigmático, que ofrece o debe ofrecer un conjunto de dictados de conducta que sean efectivamente modélicos del mundo éticamente superior por el que luchamos. En ese sentido brindo al derecho un papel y una función deontológico y de altísimo contenido axiológico que puede ser la alternativa ética al mundo individualista y egoísta del capitalismo y particularmente del neoliberalismo.

Pregunto: ¿Existe una interrelación entre la moral, la ética, el derecho, los valores y la educación cívica? ¿Por Qué?.

La moral

Sistema de normas, principios y valores de carácter histórico y social, de acuerdo con el cual se regulan las relaciones mutuas entre los individuos.

La conducta del hombre puede ser, buena, mala, debida o indebida. La moral comporta también valores negativos, se conoce como antivalores. En toda moral hay una exigencia de realización. La auténtica regulación moral se da cuando el individuo regula su conducta por sus propias motivaciones morales. La autenticidad expresa la relación entre la palabra, lo sentimientos y los hechos. Pueden ser negativas o positivas.

Ética

Un marco doctrinal, un conjunto de principios que guían la conducta de un cierto grupo. La ética es un saber para actuar. Una de las tareas fundamentales de la ética es enseñar la moral, formar determinadas concepciones, principios, normas y valores morales.

Derecho y Moral

- Tanto el derecho como la moral tienen el mismo contenido; una y otra poseen la coercibilidad que impone la fuerza de la cultura.
- La diferencia esencial estriba en que el derecho está amparado por la fuerza del Estado, por la coacción, en tanto que la moral queda bajo la protección y tutela del consenso social.

Los valores

- El valor designa la importancia positiva o negativa de cualquier objeto o sujeto.
- El valor actúa en calidad de criterio para la selección de una determinada orientación en situaciones de una conducta selectiva (positiva o negativa); este elemento constituye el rasgo más característico del valor.
- Los valores son convicciones duraderas.

Derecho y Ética

- El actuar ético presupone la existencia de máximas y principios que a nivel colectivo cristalizan en el derecho. No todos los comportamientos éticos se concretan en disposiciones jurídicas.

- Las normas deben ganar su propia legitimidad en el campo ético, de la misma manera que no basta la convicción ética de ciertos principios para que tengan fuerza material en la vida de las sociedades

Ejemplo:

Los valores y el Derecho

- Los valores jurídicos son el fundamento del derecho.
- Los valores se convierten en jurídicos en el momento en que se constituyen como reglas, principios, patrones de conducta que aseguren la reproducción del sistema y respondan a los intereses del creador del derecho.
- No es arbitrario. La formación en valores éticos debe reconocer el peso y las dinámicas de nuestros propios contextos como organización económica, social y cultural.

La Educación Cívica.

La formación del individuo en la ONBC para:

- Fomentar el cumplimiento de lo deberes y el conocimiento y defensa de los derechos, a comprensión de los principios que rigen la organización y su funcionamiento.
- Como vía educativa idónea para desarrollar en los presentes y futuros abogados el sentido de responsabilidad ante un actuar en perjuicio de un cliente y la sociedad.

¿Cuáles son algunos de los principales indicadores de la crisis de valores?

Crisis y formación de valores

- La crisis de valores es un tema polémico. Provoca rechazo.
- Es un proceso que significa: pérdidas valorativas, resquebrajamiento de algunos principios. Necesidad de oxigenar otro.
- Se debe comprender como un proceso de desarrollo axiológico, como un momento dialéctico.

- No es un proceso de regresión irreversible.

Algunos indicadores de la crisis de valores

- Aumento de la marginalidad.
- Incongruencia entre el discurso verbal y el comportamiento moral efectivo (doble moral).
- Aumento del escepticismo, apatía, afán del lucro e individualismo.
- Falta de comunicación extendiéndose hasta los miembros del colectivo en el cual desarrolla su actividad relacionado con la función social
- Ilegalidad.
- Arbitrariedad
- Irresponsabilidad.
- Desinterés social.
- Afectaciones a la economía del cliente y de su organización.

¿Por qué la política pública de la organización está siempre e inevitablemente, vinculada a una posición ética?

Sentido ético del enfoque político social de Bufetes Colectivos.

1° La política pública supone siempre una intervención del Estado.

2° Se desprende de una posición de poder, se refiere al espacio público: es una decisión que solamente puede justificarse en la medida en que contribuya al bien común a la consolidación de ese espacio por sus miembros.

3° Todo objetivo estratégico supone, una selección de problemas y una elección entre alternativas de solución. Ningún objetivo puede aspirar a la neutralidad ética. Al

seleccionar problemas y elegir cauces para la acción, todo objetivo es también una afirmación de valores.

¿Cuál es la ética que debe guiar el poder de la organización?

- Responsabilidad.
- Cumplimiento de los deberes.
- Cumplimiento de las tareas concretas.
- Asumir las consecuencias de sus actos.

La ética tiene una relación muy estrecha con la hoy llamada transparencia consustancial al ejercicio de la abogacía y al sistema de gestión especifico. Desde una concepción social que puede explicarse a través de categorías como:

1- la publicidad de servicio que brindamos.

2- El control.

3- La rendición de cuenta.

4- La responsabilidad individual y colectiva.

¿Qué entendemos por corrupción?

Corrupción

Origen etimológico (latino) : Significa: rompimiento, relajamiento en las costumbres.

Real academia: utilización de las funciones y medios de las instituciones públicas en provecho económico o de otra índole, de sus gestores

- suele identificarse como violación de la ley.
- El derecho en ocasiones resulta insuficiente para contener o prever la dinámica en una entidad como la nuestra.

¿Cuáles son alguna de sus causas?

Posibles causas

La corrupción es un fenómeno multicausal, que puede socavar la infraestructura económica, política y social de cualquier organización

Formales

Falta de una clara delimitación entre lo público y lo privado.

Falta de correspondencia entre las normas jurídicas y la realidad social.

Errores institucionales de la administración en cuanto al control interno.

Culturales

Tolerancia social, goce de privilegios privados, cultura de la ilegalidad generalizada, o reducida a grupos que consideran que la ley no cuenta para ellos.

Falta de educación cívica en algunos colectivos.

Materiales

Impunidad real, responsabilidad formal de los funcionarios que administran recursos.

Brecha existente entre los recursos y la falta de control.

¿Cuáles son algunas de sus consecuencias?

- Distorsiona el normal funcionamiento de la organización.
- Afecta las instituciones: debilita y erosiona sus recursos económicos, financieros y el capital humano.
- Trastoca los valores y las nociones éticas.
- Redelimita la idea de la responsabilidad
- Promueve un clima de desconfianza
- Aumenta la desigualdad
- Atenta contra el sistema de control interno

¿Cuáles pueden ser algunas vías de solución?

Algunas vías de solución

- La formación de valores
- El trabajo sobre las personas con responsabilidad
- Protagonismo de la estructura social y administrativa

- Educar (institucionalmente) a partir del ejemplo de sus directivos
- El fortalecimiento institucional con personal idóneo
- Establecimiento de controles efectivos
- Reformar la administración en periodos de 5 años
- Simplificación de los trámites con los implicados
- Fortalecer la democracia participativa de los trabajadores
- La posición revelantes del sistema jurídicos propios
- Cumplimiento de la constitución y las leyes
- Educación y formación cívica de los colectivos

Conclusiones:

La tarea fundamental de la ética es enseñar la moral, formar determinadas concepciones, principios, normas y valores morales. El incumplimiento o el mal funcionamiento de las normas y sus servidores, implica limitaciones éticas importantes.

Ninguna organización democrática debe permitir la vulneración de los principios éticos y morales más elementales.

La ética tiene una relación muy estrecha con la transferencia personal

Resulta imprescindible tener en cuenta como se ejerce el control, quien lo puede ejercer, quienes formulan las políticas, si tiene alguna influencia en ellas los trabajadores.

Si bien es necesario aumentar los controles institucionales, no se puede soslayar la necesidad de incentivar mecanismos de participación de los trabajadores. El control público de la ONBC será siempre insuficiente si no está acompañado del control interno en cada Bufete.

Los niveles de gobernabilidad y efectividad de la gestión deben estar condicionados por la democracia y la participación real y consciente que ésta traiga consigo, para lo cual es imprescindible desarrollar vías que pongan a su alcance las habilidades

necesarias para hacerlo posible tales habilidades pueden obtenerse como fruto de una sistemática y progresiva formación cívica.

Cuaderno para el desarrollo de habilidades docentes e intelectuales en los alumnos de la carrera de Derecho

PEDRO LEÓN LLANO *

ADELA PIÑEIRO NÚÑEZ**

OSVALDO BATISTA PÉREZ ***

Introducción

La llegada de la Universalización de la enseñanza a nuestros Municipios trajo consigo la incorporación a la misma de estudiantes de diferentes fuentes de ingresos, muchos de estos desvinculados del estudio durante más de cinco años, y en el menor de los casos estudiantes con escaso desarrollo en las habilidades docentes.

Dichas características nos hacen pensar en cómo buscar alternativas que contribuyan a mejorar esta situación ya que nos hemos percatado a partir de los exámenes y diagnósticos realizados, a una muestra de 150 alumnos , el 85% de ellos presentan dificultades en la comprensión , en establecer diferencias entre caracterizar , valorar , argumentar , identificar, entre otras ; de modo que nos dimos a la tarea de elaborar un sistema de actividades que ayude a ejercitar dichas habilidades , debido a que el siglo XXI exige de profesionales más preparados y comprometidos con las realidades sociales que les ha tocado vivir .

Para el desarrollo del presente estudio hemos centrado la atención en la carrera de Derecho, teniendo en cuenta que dentro de sus planes de estudio[155] un objetivo primordial consiste en poseer habilidades docentes que se reviertan luego en habilidades intelectuales que le permitan integral la teoría con la práctica en su desempeño profesional.

*Vicedecano de Postgrado. Facultad de Ciencias Sociales y humanísticas, Universidad de Artemisa, Cuba.
**Máster en
***Máster en
[155] Plan de Estudio D, para la Carrera Licenciatura en Derecho.

Por todo lo antes expuesto nos trazamos como objetivo general: Diseñar un sistema de actividades para el desarrollo de habilidades docentes en la formación de los estudiantes de la continuidad de estudio de la carrera de Derecho en condiciones de Universalización.

En este sistema de acciones aparece una primera parte donde se le expone a los estudiantes todo lo referido a las habilidades docentes, y la metodología a seguir por los mismos para el desarrollo de estas en su actividad de estudio , en la segunda parte aparecen una serie de ejercicios para complementar la primera , para ello escogimos ejercicios de la carrera de Licenciatura en Derecho , esto se puede generalizar en otras carreras donde los profesores puedan elaborar ejercicios según sus especificidades y habilidades características en cada una de las asignaturas , teniendo en cuenta la prioridad que se le está brindando actualmente a este tema. Este trabajo se ha aplicado, constatándose que los estudiantes han mejorado en lo referido a algunas habilidades como son: valorar , argumentar, la comparación , usar el libro de texto así como otras fuentes de información, además las encuestas realizadas a estudiantes y profesores arrojaron criterios favorables en la aplicación del mismo demostrándose en los resultados obtenidos hasta el momento.

Desarrollo

En el aprendizaje se ponen en juego un conjunto de habilidades cognoscitivas que al ser asimiladas por el estudiante, le sirven de procedimientos o estrategias para un acercamiento más efectivo al conocimiento. Entre ellas están las habilidades preceptúales relacionadas con la percepción de los objetos, sus características, cualidades, etc. y las que tienen que ver con los procesos del pensamiento (análisis, síntesis, abstracción y generalización) como son las habilidades cognoscitivas de carácter general que le permiten al sujeto profundizar en el conocimiento de la realidad para determinar sus características, establecer sus nexos, sus regularidades. Como habilidades generales están: la observación, la comparación, la clasificación, la modelación, entre otras. Son igualmente relevantes, en este proceso de asimilación de conocimientos, aquellos procedimientos o estrategias relacionadas

con el proceso de autorregulación de la actividad entre las que se encuentran la planificación, el control y la valoración.

En la literatura pedagógica y psicológica consultada aparece el concepto de habilidad con diferentes acepciones. , como por ejemplo:

Petrovsky reconoce por habilidad “el dominio de un sistema de actividades psíquicas y prácticas, necesarias para la regulación consciente de la actividad, de los conocimientos y hábitos”.

En el mismo sentido se pronuncian Danilov y Skatkin (1978), para estos autores la habilidad es “un complejo pedagógico extraordinariamente complejo y amplio: es la capacidad adquirida por el hombre de utilizar creadoramente sus conocimientos y hábitos, tanto durante el proceso de actividad teórica como práctica”.

Para M. López la habilidad “constituye un sistema complejo de operaciones necesarias para la regulación de la actividad (...) se debe garantizar que los alumnos asimilen las formas de elaboración, los modos de actuar, las técnicas para aprender, las formas de razonar, de modo que con el conocimiento se logre también la formación y desarrollo de las habilidades”.

Los autores citados coinciden de una u otra forma en considerar que la habilidad se desarrolla en la actividad y que implica el dominio de las formas de la actividad cognoscitiva, práctica y valorativa, es decir " el conocimiento en acciones y operaciones",

Asumimos el concepto expuesto por Orlando Varela Alfonso que plantea que la habilidad: “constituye un elemento psicológico estructural de la personalidad, vinculada, conjuntamente con las capacidades, a la función reguladora ejecutiva de esta, que se forma, se desarrolla y se manifiesta en la actividad.” (Varela, O. 1999).

Podemos plantear que el profesor no siempre tiene precisión en los objetivos a alcanzar en cuanto al comportamiento intelectual a lograr en el alumno, lo que dificulta organizar la actividad de aprendizaje para propiciar estos fines, ocurriendo que en muchos casos los objetivos que hablan del desarrollo intelectual no pasen de ser una mera declaración o una simple intención no lograda, cuando esto tiene un

desarrollo insuficiente , en la calidad del aprendizaje y el desarrollo del pensamiento reflejan necesariamente las dificultades antes señaladas . para ello escogimos ejercicios de la carrera de Licenciatura en Derecho , esta investigación se ha aplicado en los alumnos de las carreras antes mencionadas y se han obtenido resultados positivos en lo concerniente al desarrollo de habilidades de los alumnos en el CUM de Candelaria durante los cursos 2009– 2010 , 2010 y 2011 y se generaliza en otras carreras donde los profesores puedan elaborar ejercicios según sus especificidades y habilidades características en cada una de las asignaturas. Una vez aplicada este sistema de actividades se ha ido logrando transformaciones positivas en los alumnos.

PRIMERA PARTE : Donde se le expone a los estudiantes todo lo referido a las habilidades docentes, y la metodología a seguir por los mismos para el desarrollo de estas en su actividad de estudio ,

Habilidades Generales de Carácter Intelectual:

1. La Observación: Esto es la forma más importante de al percepción voluntario.

Su desarrollo se inició desde los primeros años de vida y su dirección supone una graduación de dificultades, objetos, láminas, procesos y dentro de cada una de estos, de los más sencillos a lo más complejos y ricos en detalles.

La observación se guía y mediante preguntas se logra que los niños aprendan a referirse primero al objeto que se observa, de modo general, a sus partes y detalles y a las relaciones que percibe entre estas, el éxito de la observación en grado considerable está determinado por presentación clara de la tarea.

2. La Descripción: Supone la enumeración de las características o elementos que aprecian en el objeto de descripción.

En sus inicios la descripción es la verbalización de lo observado y permite valorar esta. Las descripciones siguen por tanto una línea de desarrollo inicial en cuánto a la graduación de dificultades similar al objeto de la descripción.

Gradualmente en la descripción enumerativa se van incluyendo elementos cualitativos.

Además de objeto, láminas, escenas, se van incluyendo las descripciones de vivencia, recuerdo, estado de ánimo, característica de una época.

3. La Definición de los Conceptos: Se introducen paulatinamente. Un alumno puede definir un concepto cuando es capaz de conocer los rasgos suficientes y necesarios que determinan el concepto, lo que hace que ¨Sea lo que es¨ y no otra cosa. L a definición responde a la pregunta ¿qué?

Al concepto se llega como producto de la generalización de las características esenciales que aprecian necesariamente en los diversos objetos particulares que comprenden el objeto.

4. La Ejemplificación: Es el proceso inverso, es la concreción en objetos de la realidad de la generalización expresada en un concepto, es una teoría o ley.

5. La Explicación: Es la expresión no producida de lo conocido. Puede responder a diferentes preguntas: ¿Por qué?; ¿Cuándo?; ¿Dónde?; ¿Para qué? Es preciso que los alumnos conozcan el significado de cada una de estas palabras y aprendan a responder en correspondencia. Entre ella se destacan la posibilidad de establecer las relaciones de causa – efecto. ¿Por qué? y qué en las medidas de las posibilidades deben irse introduciendo. No debe pretenderse que los alumnos expliquen “La causa de un determinado fenómeno si esta escapa a sus posibilidades de comprensión. En los primeros grados, los alumnos los aprecian con mucha más facilidad (Para que).

6. La Argumentación: L argumentación siempre se refiere a un exposición o declaración dada y consiste en dar una razón para reafirmar lo dicho.

7. Demostración: Es una explicación acabada que pone de manifiesto sin lugar a duda el contenido de un juicio o pensamiento. Es el razonamiento que fundamenta la verdad(o falsedad) de un pensamiento.

El pensamiento que se ha de demostrar se llama Tesis. Cuando que se establece la negación de la Tesis, en lugar de demostración hablamos de refutación.

8. Comparación: La observación permite apreciar las características externas e internas de los objetos. La comparación permite apreciar las características

semejantes y diferentes que se observan en diversos objetos, hechos, fenómenos o procesos.

Es importante que los educandos aprecien similitudes, semejanzas y diferencias.

Para aprender a comparar es preciso que se destaque la comparación exige que se precise primero, el o los criterios que van a seguir de base para la comparación. Primero se hace referencia al criterio (forma, tamaño, color, época…) y después se dice como se da ese criterio en cada uno de los objetos que se comparan.

9. Valoración: El juicio con que se caracteriza la medida en que un objeto hecho o fenómeno, una cualidad, norma o costumbre se corresponde con el sistema de conocimiento patrones de conducta, valores asimilados por el hombre. El sistema de valores de carácter moral tiene carácter histórico y cambia en dependencia del régimen social, de la formación moral o ideológica del hombre.

En su esencia parte de la aplicación de las categorías de bien mal.

10. La Clasificación: Permite agrupar objetos, hechos o fenómenos en correspondencia con un criterio o varios criterios dados.

Al hacer referencia a una clasificación es importante tener en cuenta el criterio que le determina, forma, tamaño, elementos que lo integran.

11. El Ordenamiento: Los hechos y fenómenos pueden disponerse en series o determinados orden, también en correspondencia en el tiempo o con respeto a un momento dado, el tamaño…

12. La Modelación: Se refiere a la utilización, compresión y elaboración de representaciones concretas o graficas de la realidad, utilizando signos y símbolos.

Los esquemas, planos… son formas de modelación con las que los niños comienzan a familiarizarse desde los primeros grados.

13. La Compresión de Problemas: Es una habilidad esencial que supone como factor esencial el poder determinado ¿Qué es lo que se busca? ¿que se desea saber? discriminar los datos con los datos que contamos para tratar de darle una solución.

Se refiere tanto a problemas cuya solución corresponde el área de la matemática como a otras áreas del conocimiento.

14. Seriación: Ordenar de acuerdo a distintos criterios por ejemplos:

Agrupar todos los números divisibles por dos, agrupar elementos por el color, forma y tamaño. Necesitamos el elemento que define o determina que criterio se va ha seriar.

Sistemas de acciones para poder llegar adquirir las habilidades fundamentales en las actividades de estudio .

1. Analizar

• Determinar los límites del objeto o analizar (todo).

• Determinar los criterios de descomposición del todo.

• Delimitar las partes del todo.

• Estudiar cada parte delimitada.

2. Sintetizar

• Comparar las partes entre sí (rasgos, comunes y diferentes)

• Descubrir los nexos entre las partes (casuales, condicionalidad, coexistencia, etc.)

• Elaborar conclusiones acerca de la integridad del todo

3. Comparar:

• Determinar los objetos de comparación.

• Determinar las líneas o parámetros de comparación.

• Determinar las diferencias y semejanzas entre objetos por cada línea de comparación.

• Elaborar conclusiones acerca de cada objeto de comparación (síntesis parcial).

• Elaborar conclusiones generales.

4. Determinar lo esencial: Analizar el objeto de estudio:

• Comparar entre sí las partes del todo.

• Descubrir la determinante, lo fundamental, lo estable del todo.

• Relacionar los nexos entre los rasgos esenciales.

5. Abstraer:

• Analizar el objeto de abstracción.

• Determinar lo esencial.

• Despreciar los rasgos y nexos secundarios, no determinantes del objeto.

6. Caracterizar:

• Analizar el objeto.

• Determinar lo esencial en el objeto.

• Comparar con otros de su clase y otras clases.

• Seleccionar los elementos que lo tipifican y distinguen de los demás objetos.

7. Definir:

• Determinar las características esenciales que distinguen y determinan el objeto de definición.

• Anunciar de forma sistemáticamente y precisa los rasgos esenciales del objeto.

8. Identificar:

• Analizar el objeto.

• Caracterizar el objeto.

• Establecer la relación del objeto con un hecho, concepto o ley de los conocidos.

9. Clasificar:

• Identificar el objeto de estudio.

• Seleccionar los criterios o fundamentos de la clasificación.

• Agrupar los elementos en diferentes clases o tipos.

10. Ordenes:

• Identificar el objeto de estudio.

• Seleccionar el o los criterios de ordenamiento (cronológico, etc.)

• Clasificar los elementos según el criterio de ordenamiento.

• Ordenar los elementos.

11. Generalizar:

• Determinar lo esencial en cada elemento del grupo o generalizar.

• Comparar los elementos.

• Seleccionar los rasgos, propiedades o nexos esenciales y comunes a todos los elementos.

• Clasificar y ordenar estos rasgos.

• Definir los rasgos y características generales del grupo.

12. Observar:

• Determinar el objeto de observación.

• Determinar los objetivos de observación.

• Fijar los rasgos y características del objeto observado con relación a los objetivos.

13. Describir:

• Determinar el objeto de describir.

• Observar el objeto.

• Elaborar plan de descripción del pensamiento lógico de los elementos ha describir del objeto en cuestión.

• Reproducir.

14. Relatar o Narrar:

• Delimitar el periodo temporal de acontecimientos ha relatar.

• Seleccionar el argumento del relato (Acciones que anteceden como hilo conductor de la narración en el tiempo.

15. Ilustrar:

• Determinar el concepto, regularidad a la ley que se quiere ilustrar.

• Seleccionar los elementos factuales (a partir de criterios lógicos y de observación, descripción, relato u otras fuentes).

• Exponer ordenadamente las relaciones encontradas

16. Valorar:

• Caracterizar el objeto de valoración.

• Establecer los criterios de valoración (valores).

• Comparar el objeto con los criterios de valoración establecidos.

• Comparar los juicios de valoración establecidos.

• Elaborar los juicios de valores acerca del objeto.

17. Critical:

• Caracterizar el objeto crítico.

• Valorar el objeto crítico.

• Argumentar los juicios de valor elaborados.

• Refutar las tesis de partida del objeto de crítica en argumentos encontrados.

18. Relacionar:

• Analizar de manera independiente los objetos ha relacionar.

• Determinar los criterios de relación entre los objetos.

• Determinar los nexos de un objeto con otros a partir de los criterios seleccionados (elaborar síntesis parcial)

• Elaborar las conclusiones generales.

19. Razonar:

• Determinar las premisas (juicios o criterios de partida).

• Encontrar relación de inferencias entre las premisas a través de determinar medio.

• Elaborar la conclusión (nuevo juicio obtenido).

20. Argumentar:

• Interpretar el juicio de partida.

• Encontrar de oras fuentes los juicios que corroboran en juicio iniciar.

• Seleccionar las reglas lógicas que sirven de base al razonamiento.

21. Explicar:

• Interpretar el juicio de información.

• Argumentar los juicios de partida.

• Establecer las interrelaciones de los argumentos.

• Ordenar lógicamente las interrelaciones encontradas.

• Exponer ordenadamente los juicios y racionamientos.

22. Demostrar:

• Caracterizar el objeto de demostración.

• Seleccionar los argumentos y hechos que corroboran el objeto de demostración.

• Elaborar los razonamientos que relacionan los argumentos que demuestran la veracidad de denominación.

23. Aplicar:

• Determinar el objeto de aplicación.

• Confirmar el dominio de los conocimientos con las características aplicar los conocimientos.

• Interrelacionar los conocimientos con las características del objeto.

• Elaborar conclusiones de los nuevos conocimientos que aplican con el objeto y que enriquecen los conocimientos anteriores.

SEGUNDA PARTE: Ejercicios para complementar la primera parte, para ello escogimos ejercicios de la carrera de Licenciatura en Derecho , esto se puede generalizar en otras carreras donde los profesores puedan elaborar ejercicios según

sus especificidades y habilidades características en cada una de las asignaturas, teniendo en cuenta la prioridad que se le está brindando actualmente a este tema.

Algunos Ejercicios de la Asignatura Lic. en Derecho

Ejercicios de Ejercicios de DERECHO PENAL

1) Explique en qué consiste la figura de delito.

a) Identifique los llamados elementos constitutivos del delito.

2) Argumente la relación que existe entre el principio nom bis in ídem y las circunstancias modificativas (genéricas) de la responsabilidad penal.

3) Valore la siguiente afirmación: “La causa de justificación desplazan la ilicitud del hecho antijurídico”.

4) Valore la siguiente afirmación: “Un sujeto penalmente imputable y culpable puede resultar exento de responsabilidad penal.”

5) Argumente la relación que existe entre los elementos territorialidad, principio de legalidad y funciones del Derecho Penal.

6)Juan JK, ciudadano cubano de 65 años de edad, con capacidad mental plena, en horas de la noche del día 23 de abril del 2008, aprovechando que su vecina acostumbraba dejar el portón abierto se apropió de la bicicleta parqueada en el portal de la vivienda. Una semana después, se apropia de unos tenis de su amigo y vecino tenía secándose en el patio trasero.

Al respecto responda, argumentando teórica y legalmente.

a)Existe algún supuesto de pluralidad de acciones delictivas?

b) Señale qué clase de autor es Juan JK.

c) Identifique las reglas de adecuación y circunstancias modificativas presentes en el caso.

d) Aplique las sanciones procedentes.

e) Explique la concepción legislativa que adopta el Código Penal cubano con relación al régimen de autoría y participación.

f) Identifique a partir de tres de sus características en qué consiste la sanción penal

Ejercicios de Teoría General del Estado y Teoría General del Derecho

1) Explique la relación existente entre los rasgos esenciales del Estado, su contenido y sus funciones.

2) Caracterice el sistema de gobierno parlamentario.

3) ¿El Derecho es una sumatoria de normas o un sistema? Fundamente su respuesta.

4) A partir del análisis de la siguiente norma jurídica, valore la misma sobre la base de lo aprendido en los estudios de Teoría del Derecho, acerca de los principios utilizados para resolver los problemas que se presentan por la aplicación de la ley en el espacio.

“La capacidad civil de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación de Estado del cual son ciudadanas”

5) Tomando como base lo aprendido en los estudios de Teoría General del Derecho, en relación con la realización del Derecho:

a) Explique las diferentes formas de interpretación del derecho según su intérprete, prevista en la doctrina .

b) ¿A cuáles se les reconoce carácter obligatorio y fuerza vinculante en nuestro país y a cuáles no?¿Por qué?

Ejercicios de Derecho de Contratos

1) Argumente teórica y legalmente la siguiente afirmación:

“El contrato de donación es bilateral en su formación y unilateral en sus afectos”

2) En virtud de cierto contrato A acuerda con su hermano B, prestarle el automóvil de su propiedad durante un mes para que lo utilizara en las vacaciones de su esposa, que venía por ese tiempo luego de un año de estar cumpliendo misión en Venezuela. En el propio acto B entrega a A un juego de comedor para que

lo guardase en su casa durante el mismo periodo de tiempo ya que molestaba para parquear el carro en su vivienda.

a) Identifique los dos contratos descritos en el caso narrado. Mencione la característica esencial que los distingue.

b) Explique la naturaleza jurídica del primero de los negocios jurídicos contractuales.

c) Diez días antes de vencerse el periodo vacacional de la esposa de B, A reclama a éste la devolución del automóvil porque su hija menor ha comenzado con frecuentes crisis de asma y necesita trasladarse con frecuencia al policlínico, a lo que B se opone alegando que no se ha cumplido el término resolutorio al que se sujetó el contrato.¿De conocer usted el caso, cuál considera la posición acertada?

Ejercicios de Derecho Constitucional cubano

1) Establezca la relación existente entre la Constitución, la ciudadanía y los derechos fundamentales en Cuba, apoyando su respuesta, siempre que sea posible con el precepto legal correspondiente.

2) Caracterice el modelo de control de la constitucionalidad de las leyes en Cuba, apoyando su respuesta en la propia normativa constitucional.

3) De cara a la participación popular directa como principio que rige nuestra democracia socialista y con apoyo en la normativa constitucional y ordinaria, explique aciertos y desaciertos en el proceso de revocación de los delegados y diputados a la Asamblea del Poder Popular en Cuba.

Ejercicios de Historia del Estado y el Derecho en Cuba

1) Caracterice Con 5 elementos:

a) Ordenanzas de Cáceres

b) Proyecto constitucional de Joaquín Infante.

c) Primera Ley de Matrimonio Civil.

2) Valore la significación histórica, para el Estado y el Derecho en Cuba, de la primera etapa republicana (1902-1906)

3) Argumente el cumplimiento del Programa del Moncada en lo fundamental, en la primera década de la Revolución(1959-1970)

Análisis Técnico – Económico

Esta investigación se ha aplicado en los alumnos de las carreras de Derecho del CUM de Candelaria durante los cursos 2009 – 2010 y 2010 – 2011 , así como en otras sedes como el CUM de San Cristóbal , en el caso de los alumnos de Derecho y se han obtenido resultados positivos en lo concerniente al desarrollo de habilidades de los alumnos y se generaliza en otras carreras donde los profesores puedan elaborar ejercicios según sus especificidades y habilidades características en cada una de las asignaturas. Una vez aplicada este sistema de actividades se ha ido logrando transformaciones positivas en los alumnos, como una mejor forma de saber identificar, establecer comparaciones, argumentar, definir conceptos entre otras habilidades tan importantes de las diferentes asignaturas.

Conclusiones

• A través de los fundamentos teóricos metodológicos abordados en la investigación referida al desarrollo de habilidades docentes en la formación de los estudiantes, se ha demostrado la importancia del tema objeto de estudio

• Se pudo comprobar que hay dificultades por parte de los alumnos con relación al desarrollo de habilidades docentes , por lo que una vez aplicadas las acciones diseñadas a través de la participación de nuestros alumnos se ha podido comprobar una mayor adquisición de estas habilidades por ellos.

• Las acciones trazadas permitieron el desarrollo de habilidades docentes en los alumnos no de una forma dogmática si no en la cual el estudiante vea la vinculación de la teoría con la práctica y sientan así un mayor interés por el estudio, con el fin de elevar el nivel de comprensión y asimilación.

• Las actividades realizadas han constituido un punto de partida para mostrar la necesidad del trabajo del desarrollo de habilidades docentes en los alumnos para ir logrando promover el estudio y además lograr el conocimiento por parte de ellos.

Bibliografía:

• Colectivo de Autores. (2002), La Habana . La Nueva Universidad Cubana y su Contribución a la universalización del Conocimiento. Editorial Félix Varela. La Habana 2006.

•Danilov y Skatkin. Didáctica de la Escuela Media. Editorial Pueblo y Educación. La Habana 2010

• Prieto y Pérez. Temas de Derecho Constitucional Cubano.

• M López. Sabes enseñar a describir, definir y argumentar. Editorial Pueblo y Educación. La Habana 2007.

Sección No. 2

Derecho Civil y Derecho de Familia

Las notas marginales en los asientos registrales del Estado Civil, un acercamiento a su realidad actual en nuestro país

JORGE HERODES HERNÁNDEZ PORTALES*

La Ley No. 51 "Del Registro del Estado Civil", de 9 de julio de 1985 y su reglamento, puesto en vigor a través de la Resolución No. 249 /2015 por la Ministra de Justicia, regulan lo concerniente al tratamiento que debe darse a las notas marginales en los asientos de inscripciones registrales del estado civil y ponen de manifiesto la importancia y necesidad de la actualización de los hechos y actos y circunstancias de relevancia jurídica relacionados con el estado civil[156] de las personas y su publicidad[157], para la constatación solemne y pública de dicho estado, lo que hará prueba legitimadora y habilitante para el ejercicio de las facultades que lo forman.

Estas normativas recogen un número importante de artículos referidos a las notas marginales de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas que se consignan en los asientos de inscripción de nacimiento, matrimonio, defunción y ciudadanía que constan en los registros del estado civil de conformidad con el artículo 3 del primer cuerpo legal referido.

Estos hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas están integrados por un sistema de inscripciones y notas marginales, que se denominarán asientos que constarán indistintamente en: Las oficinas del Registro en cada municipio; las oficinas de los registros provinciales; las oficinas del Registro Especial; las oficinas consulares de Cuba y las oficinas de los palacios de los matrimonios en cada municipio.

Las notas marginales son aquellas que se consignan al margen de las inscripciones de nacimiento, matrimonio, defunción y ciudadanía que tienen como fin reflejar los hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica que modifican y actualizan el

*Licenciado en Derecho. Especialista del Registro Civil, San Cristóbal, Artemisa, Cuba.

[156] El estado civil es la cualidad natural o adquirida por la persona que supone, por su estabilidad o permanencia, una manera de ser o estar en la comunidad, que el ordenamiento jurídico toma en consideración para determinar el ejercicio de la capacidad y que constituye también fuente de derechos y deberes.

[157] El objeto de la publicidad jurídica es el estado civil de la persona natural y la vía es el propio Registro del Estado Civil.

estado civil de las personas producto de la evolución lógica que se extiende más allá de la vida de las mismas y conforme a las cuales tiene lugar su publicidad.

Características

1. Reflejan los cambios que se producen en el estado civil de las personas y por tanto lo actualizan.
2. Deben estar fundamentadas legalmente (artículos de la ley, resoluciones, sentencias o escrituras públicas o actas notariales)
3. Pueden ser de oficio o a instancia de parte.
4. Una vez consignadas sólo pueden ser anuladas por resolución judicial a tal fin.
5. Para evitar la colocación de notas marginales en asientos equivocados se repite el nombre del o los inscriptos en ella.
6. Sólo pueden ser acreditadas oficialmente por el Registro del estado civil.
7. Tienen origen en un hecho, acto o circunstancia de relevancia jurídica que afecta el estado civil de las personas.
8. Tiene carácter accesorio con respecto al asiento registral de que se trate.

   ARTICULO 51. —Las notas marginales tienen carácter accesorio con respecto al asiento de que se trate y contienen declaraciones oficiales del registrador relacionadas con lo inscripto, de conformidad con lo establecido en la Ley y este reglamento.

9. Su contenido lo constituye las declaraciones oficiales del registrador relacionadas con lo inscripto de conformidad con lo establecido en la ley 51 y su reglamento.
10. Son autorizadas con la media firma del registrador y el sello gomígrafo que identifica la oficina registral.

Artículo 51.- Las notas marginales se autorizan con media firma del registrador y el sello gomígrafo que identifica la oficina registral.

Requisitos de las notas marginales

1. Requieren de fundamentación legal, para lo cual deben señalar la normativa que la legitima (deben hacer alusión al artículo, ley, resolución, sentencia, escritura o acta).

   En las resoluciones: número, fecha, registro del Estado civil, Tomo y, Folio, fecha de consignación, certifico, firma y cuño gomígrafo.

En las sentencias:

ARTICULO 52 Reglamento. —Las notas marginales a que den lugar las ejecutorias de los tribunales se consignarán con expresión de los datos esenciales siguientes:

a) número de la sentencia o auto, fecha en que se dictó y se hizo firme;

b) número de la causa y expediente;

c) tribunal que dictó la sentencia o auto; y

ch) resumen de lo dispuesto en la sentencia o auto, en correspondencia con los requisitos previstos en la Ley y este reglamento, para practicar una inscripción.

Si le ejecutoria del tribunal dispone que se practique una nueva inscripción, los datos a que se refieren los incisos anteriores se consignarán en el cuerpo de dicho asiento. En este caso, se practicarán en ambas inscripciones notas marginales de mutua referencia.

En las escrituras y actas: Número, fecha, notario, sede,

2. Deben ser claras y precisas.
3. Deben indicar si son de oficio o por resolución, sentencia o escritura.
4. No deben consignarse fuera del espacio establecido para ello (margen del asiento registral)
5. Poseen término para su consignación

6. Debe comunicarse al Registro del Estado civil correspondiente el acuse de su recibo.

Necesidad e importancia de su consignación.

Están determinadas por las funciones que cumplen:

1. Actualizan el estado civil de las personas.
2. Legitiman legalmente los cambios que se producen en el estado civil de las personas y hará prueba de ello.

ARTÍCULO 31.-Los asientos del Registro del Estado Civil constituirán la prueba del estado civil de las personas.

3. Permiten la publicidad de estos cambios en el tráfico jurídico.

Obligaciones del registrador en relación a las notas marginales.

ARTÍCULO 3.-El nacimiento, el matrimonio, la defunción, la adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana y todo hecho o acto que constituya o afecte el estado civil de las personas se inscribirá en el Registro del Estado Civil y dentro de los términos que establecen esta Ley y su Reglamento.

ARTÍCULO 14.-El Registro del Estado Civil estará integrado por un sistema de inscripciones y notas marginales de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, que se denominarán asientos, y constarán indistintamente en:

a) Las oficinas del Registro en cada municipio;

b) las oficinas de los registros provinciales;
c) las oficinas del Registro Especial;
ch) las oficinas consulares de Cuba;
d) las oficinas de los palacios de los matrimonios en cada municipio.

ARTÍCULO 27.-El registrador del estado civil tendrá los deberes, atribuciones y funciones siguientes:

b) extender, o disponer que se extiendan, bajo su dirección y responsabilidad, las inscripciones y notas que deban practicarse en los asientos de las oficinas del Registro;

El registrador inscribirá las rectificaciones, adiciones o enmiendas posteriores a la firma de una inscripción mediante nota marginal en el asiento de que se trate.

DISPOSICIÓN ESPECIAL SEGUNDA DE LA LEY 51: A partir de la entrada en vigor de esta Ley, los tribunales remitirán de oficio a la oficina del Registro del Estado Civil que corresponda, y dentro del término de setenta y dos horas de su firmeza, copias de las resoluciones que dicten respecto a la tutela, la adopción, la presunción de muerte, el divorcio, la nulidad del asiento de inscripción, así como cualquier otra que constituya o afecte el estado civil de las personas PARA QUE SEAN CONSIGNADAS LAS NOTAS CORRESPONDIENTES.

ARTÍCULO 103 Reglamento..- El cambio, adición, modificación o supresión de nombres o apellidos de una persona se anotará al margen de las inscripciones siguientes:

a) de su nacimiento;

b) de su matrimonio; y

c) del nacimiento de sus hijos.

ARTICULO 116 Reglamento. —El asiento registral del matrimonio formalizado en inminente peligro de muerte se entenderá condicional y se consignara así mediante nota marginal.

Para convalidar el matrimonio a que se refiere este artículo se requerirá, en su caso, el cumplimiento de los particulares señalados en los tres últimos párrafos del artículo 61 y los previstos en los artículos 62, 63, 64 y 69, todos de la Ley.

La convalidación del matrimonio se consignará mediante nota marginal.

ARTICULO 130. El cadáver puede ser inhumado o cremado en lugar distinto al que se dispone en la licencia, previa autorización sanitaria. En este caso el registrador anulará la licencia anterior y expedirá la que corresponda, lo que hará constar en nota marginal del asiento registral. La solicitud de cambio de lugar de inhumación o cremación se podrá presentar en una oficina registral distinta a la que expidió la licencia. El registrador que extienda la nueva licencia, librará oficio para que se practique la nota marginal en la oficina registral en que se encuentra inscripta la defunción.

ARTICULO 131 —Los datos no consignados en la inscripción de defunción de una persona desconocida, podrán ser declarados en cualquier momento y se requerirá, para su anotación al margen del asiento registral, el mandamiento de la autoridad administrativa o judicial correspondiente.

ARTÍCULO 137.- La ratificación es el acto mediante el cual la persona interesada reafirma su intención de renunciar a la ciudadanía extranjera y el juramento respecto a la adquisición de la ciudadanía cubana.

La ratificación se anotará al margen del asiento que corresponda; dicha nota será firmada por el declarante.

El registrador expedirá, de oficio, a la Dirección de Inmigración y Extranjería del Ministerio del Interior, certificación de la nota marginal.

ARTICULO 140 Reglamento. Las certificaciones se extenderán en forma literal o en extracto y de conformidad con la alteración que produce la nota marginal consignada en el asiento registral, si la hubiere.

Los literales serán copia fiel del asiento de que se trate y de sus notas marginales.

Variedades de notas marginales.

ARTÍCULO 42.-Al margen de la inscripción de nacimiento se anotarán los datos siguientes:

a) La ejecutoria sobre filiación;

b) la adopción, salvo que un tribunal competente disponga que se extienda un nuevo asiento;

c) el matrimonio;

ch) la ejecutoria de divorcio;

d) la ejecutoria de nulidad del acto del matrimonio o el asiento de su inscripción, según el caso;

e) la pérdida y recuperación de la ciudadanía;

f) el cambio, adición, modificación o supresión de nombres y apellidos;

g) la defunción o la ejecutoria de presunción de muerte;

h) el reconocimiento como hijo que del inscripto haga el padre o la madre,

i) la subsanación de errores u omisiones;

j) la viudez, sólo a instancia de parte;

k) la ejecutoria de nulidad del asiento de inscripción;

l) las notas de mutua referencia para relacionar asientos del registro;

ll) el número de identidad permanente del inscripto;

m) otros datos que permitan la identificación posterior de la filiación, si se tratara de menor abandonado;

n) cualquier otro que se refiera al estado civil del inscripto.

ARTÍCULO 60.-Al margen de la inscripción del matrimonio, se anotarán los datos siguientes:

a) La ejecutoria de divorcio;

b) la subsanación de errores u omisiones;

c) el cambio, adición, modificación o supresión de nombres o apellidos;

ch) la ejecutoria la nulidad del acto de matrimonio o el asiento de inscripción, según el caso;

d) la ejecutoria de presunción de muerte;

e) la validez del matrimonio extinguido, si el cónyuge presuntamente muerto apareciera y ambos así lo solicitarán al registrador del estado civil; de lo contrario se consignara que están divorciados;

f) el divorcio, si en el caso del inciso anterior el cónyuge hubiera contraído matrimonio antes de la aparición del presuntamente muerto;

g) la validez, sólo a instancia de parte;

h) el reconocimiento como hijo que de cualquiera de los cónyuges hagan sus respectivos padres, con posterioridad al matrimonio del reconocido;

i) las notas de mutua referencia para relacionar asientos de Registro;

j) cualquier otro que se refiera al estado civil de los inscriptos.

ARTÍCULO 78.-Al margen de la inscripción de la defunción se anotarán los datos siguientes:

a) La subsanación de errores u omisiones;

b) cambio de lugar de inhumación o cremación;

c) la ejecutoria de nulidad del asiento de inscripción;

ch) la condición de personas desconocida, de no identificarse el cadáver;

d) las notas de mutuas referencia para relacionar asientos del Registro;

e) cualquier otro que se refiera al estado civil del fallecido.

ARTÍCULO 79.-El registrador del estado inscribirá o anotar según el caso, la adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía, de conformidad con el documento mediante el cual se adquiera, pierda o recupere.

ARTÍCULO 81.-Al margen de la inscripción de la adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana se anotarán, según el caso, los casos siguientes:

a) La pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana;

b) la subsanación de errores u omisiones;

c) el matrimonio;

ch) la ejecutoria de divorcio;

d) la ejecutoria de la nulidad del acto del matrimonio o del asiento de su inscripción;

e) la ejecutoria sobre la tutela e incapacidad civil

f) el cambio, adición, modificación o supresión de nombres y apellidos;

g) la defunción;

h) la ejecutoria de la nulidad de la inscripción;

i) la presunción de muerte;

j) la viudez, sólo a instancia de parte;

k) las notas de mutuas referencia, para relacionar asientos del Registro;

l) número de identidad permanente del inscripto;

ll) cualquier otro que se refiera al estado civil del inscripto.

Prohibiciones.

Artículo 31.- Las inscripciones o anotaciones en el Registro del Estado Civil sólo podrán anularse mediante ejecutoria de tribunal competente.

ARTÍCULO 32.-Firmada por el registrador una inscripción, no podrá hacerse en ella rectificación, adición ni enmienda que altere sustancialmente el hecho o acto al que se contrae, sino en virtud de ejecutoria de tribunal competente

ARTICULO 53.—Cuando existiere duplicidad de asientos de inscripciones, el registrador librara los oficios que correspondan para que se consignen notas marginales de mutua referencia en ambos asientos, haciendo constar de la inscripción practicada en la fecha más reciente, no se expedirán certificaciones de la

misma hasta tanto el tribunal competente determine cuál es la inscripción que debe anularse.

En todo caso, el hecho será puesto en conocimiento de la fiscalía o tribunal que corresponda.

.**Posibilidades que brindan.**

DISPOSICIÓN ESPECIAL CUARTA: A partir de la vigencia de esta Ley, y a instancia de parte, se podrán expedir certificaciones de soltería, divorcio o viudez, de conformidad con las notas marginales del asiento de nacimiento o matrimonio de la persona a que se refiera.

ARTICULO 150. Reglamento —El registrador podrá subsanar de oficio o a instancia de parte interesada los errores que no comporten la alteración sustancial del hecho o acto registrado. La subsanación, en todo caso, se hará constar mediante nota marginal.

ARTICULO 161 Reglamento. —De no ser posible realizar la reconstrucción o reinscripción en el mismo libro en que estuvo inscripto el hecho o acto de que se trate, se practicará un nuevo asiento en el libro en uso de la oficina registral y, en todo caso, se librarán los oficios que correspondan a los efectos de consignar las notas de mutua referencia.

Normativas que regulan los procedimientos sobre notas marginales

La ley No 51 del 15 de julio de 1985, Ley del Registro del Estado Civil y su reglamento, la Resolución No 249 del 2015.

Son los cuerpos legales más importantes que regulan las generalidades sobre los procedimientos sobre las notas marginales y tales como sus características, requisitos, obligaciones del registrador del etado civil en torno a las mismas, las prohibiciones, los términos y las variedades de notas marginales.

La Instrucción 199/2010 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

La Instrucción No. 199 aprobada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en sesión extraordinaria celebrada el 25 de agosto del año 2010, establece el procedimiento para lograr el efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales que han alcanzado firmeza, especialmente, aquellas que por disposición de la propia ley corresponde ejecutar de oficio su asiento en las oficinas registrales, y precisa además, las informaciones que deben brindar los tribunales a los Jefes del Carné de Identidad y Registro de Población como máximos responsables del Registro de Electores, en los casos de declaración de incapacidad de personas naturales.

Los tribunales de la jurisdicción civil, al conocer en primera o única instancia de los procesos de incapacidad, adopción, presunción de muerte, divorcio, nulidad de asiento de inscripción, reconocimiento o impugnación de filiación, subsanación de error sustancial, reconocimiento de matrimonio no formalizado, así como cualquier otro que de algún modo concierna al estado civil de las personas, dispondrán, una vez firme la resolución judicial dictada, remitir oficio al Registro del Estado Civil que corresponda, adjuntando copia certificada de la misma a los efectos de su ejecución, en la que, en su caso, consignarán con precisión los datos referidos al tomo y folio del asiento registral en que deberá practicarse alguna anotación en virtud de la ejecutoria, utilizando el modelo que se anexa a la presente Anexo 1), requiriéndolo además para que en el plazo de quince días remita al tribunal de donde procede comunicación contentiva de la fecha en que efectivamente se efectuó la anotación o asiento en el correspondiente registro, así como el nombre del funcionario que la practicó, a los efectos de asegurar eficazmente la debida ejecución de lo dispuesto.

El encargado de practicar la diligencia de entrega del referido oficio, viene obligado a consignar en la copia acreditativa de su recibo con letra clara y legible el nombre, cargo y número de carné de identidad de la persona con quien se entendió y la fecha en que se efectuó, así como que por dicho receptor se estampe su firma y el cuño oficial de la oficina registral.

Una vez recibida la información a que se contrae el apartado primero, el tribunal dispondrá el archivo de las actuaciones, y de no recibirse decursado el referido plazo, procederá a informar acerca de dicho incumplimiento al Director Municipal de

Justicia del territorio, haciéndole saber que se deberán adoptar de inmediato las medidas conducentes al respecto, y que esa comunicación constituye paso previo para la adopción de ulterior consecuente decisión.

En los casos en que se declare judicialmente incapacitada a persona natural y a los efectos que establece el Acuerdo No. 466 del Consejo de Gobierno, de fecha 29 de julio de 1976, el tribunal actuante, una vez firme la resolución cumplimentará la comunicación a que éste se refiere a la Oficina del Carné de Identidad y Registro de Población del domicilio del incapacitado, así como al Registro del Estado Civil donde conste inscripto su nacimiento, en atención a que el artículo10, apartado primero, del Decreto Ley No. 248 “Del Sistema de Identificación y del Registro de Electores”, de fecha veintidós de junio de 2007, dispone que los Jefes del Carné de Identidad y Registro de Población son además responsables del Registro de Electores en sus respectivas demarcaciones, quedando consecuentemente sin efecto el modelo PC 7.4 referido a la Comunicación de Auto Declaratorio de Incapacidad al Registro Electoral, contenido en el catálogo oficial aprobado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Las Indicaciones Metodológicas No 4 del 16 de septiembre de 2010 de la dirección de notarías y Registros civiles del Minjus.

Los registradores del estado civil al recibir las resoluciones judiciales que constituyan o afecten el estado civil de las personas, procederán a examinarlas a fin de verificar si contienen los datos establecidos en los artículos 41, 59 y 77 de la Ley, así como los previstos en el artículo 52 del Reglamento. En caso de advertir la omisión de alguno de los referidos datos, se abstendrá de practicar la inscripción o anotación de que se trate, y solicitará al tribunal mediante escrito debidamente fundamentado, el correspondiente auto aclaratorio.

En las notas marginales derivadas de los expedientes de subsanación de errores u omisiones y de cambio, adición, modificación o supresión de nombres o apellidos, se expresarán los números de expediente y resolución, fecha, oficina registral que la dictó y el resumen de lo dispuesto por el registrador actuante.

El término para consignar las notas marginales será de 10 días hábiles contados a partir de la fecha de recepción del documento registral o resolución judicial. En el libro de control de notas recibidas, se reflejarán las fechas de recepción, consignación y salida del acuse de recibo, a fin de registrar y cuantificar de manera efectiva el flujo de la información accesoria que sustenta al Registro Civil.

Una vez cumplimentada la inscripción o anotación marginal, se consignará en el documento originario la fecha en que se practicó, así como el folio y el tomo al que quedó asentada, y se archivará en el legajo de la sección correspondiente.

En los casos de resoluciones judiciales, los registradores quedarán obligados a librar comunicación al tribunal que corresponda en el modelo contenido en el Anexo No. 1, contentiva de la fecha en que se practicó la inscripción o se consignó la anotación marginal, con expresión de los nombres y apellidos del funcionario que la ejecutó, en un plazo que no exceda de 15 días. Si por causa de fuerza mayor no fuera posible cumplimentar la notificación al órgano jurisdiccional dentro del plazo señalado, se pondrá en conocimiento del director municipal de Justicia por escrito, en el que se expresarán los motivos de la inejecución del fallo judicial.

El encargado de practicar la diligencia de entrega de la comunicación, exigirá que la persona con quien se entendió el trámite, consigne en la copia acreditativa del recibo con letra legible la fecha, sus nombres y apellidos, el cargo, su firma y el sello gomígrafo que identifique al tribunal.

Los registradores civiles no aceptarán de parte interesada las resoluciones judiciales que versen sobre procesos relacionados con la constitución o modificación del estado civil de las personas, las que en todo caso, deberán remitirse por vía oficial, en correspondencia con lo dispuesto en la presente.

Dentro de los 5 primeros días hábiles de cada mes, los registradores principales remitirán al Registro Provincial de Tomos Duplicados, las notas resultantes de las tramitaciones registrales realizadas en el mes anterior, debidamente organizadas.

Los directores provinciales de Justicia con el objetivo de garantizar la seguridad en el tráfico de las notas marginales entre oficinas registrales, podrán establecer los mecanismos que consideren más idóneos para el logro de tal fin.

Principales deficiencias y dificultades actuales en torno a las notas marginales en los asientos de inscripción en los Registros del estado civil.

1. Ausencia de notas en asientos registrales que debieron estar consignadas y no lo están.
2. Existencia de notas consignadas en asientos que no les corresponden.
3. Notas consignadas sin el fundamento legal correspondiente.
4. Notas que fueron consignadas con carencia de datos. (ejemplo actual divorcio al nacimiento).
5. Las notas que se envían a otros Registros del estado civil y Palacios de los Matrimonios por el correo ordinario con el consecuente riesgo de pérdida, inseguridad en su consignación y demora para ser consignadas.
6. Los REC y Palacios de los matrimonios no comunican el acuse de recibo de las notas por lo que no hay certeza de que son consignadas.
7. Existencia de errores en tomos y folios de las personas que no coinciden con los asientos registrales.
8. Falta de profesionalidad de registradores y auxiliares que ante la presencia de situaciones como la anterior se conforman con la no consignación de la nota sin explotar otras posibilidades para resolver el problema.
9. Inconformidad razonable de la población por la demora en la llegada y consignación de las notas de subsanación a otros registros para poder obtener certificaciones necesarias en sus trámites legales.
10. En el caso particular de los Registros del Estado civil y Palacios de los matrimonios que pasaron a la nueva provincia de Artemisa, no se consignan

notas en los tomos duplicados que existen en los archivos provinciales desde esa fecha (fines de 2010).

11. Ilegibilidad de los datos contenidos en las notas que se reciben de algunos REC que imposibilitan su consignación y por tanto hay que devolverlas, lo que retrasa aún más este proceso.

Conclusiones

Las notas marginales constituyen un elemento imprescindible en los asientos de inscripción de nacimiento, matrimonio, defunción y ciudadanía, pues ellas modifican el estado civil de las personas producto de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica que se extienden más allá de la vida del inscripto, alteración conforme a las cuales, se produce la publicidad del hecho o acto registrado.

La normativa cubana en la materia no da una definición de nota marginal pero regula sus características, requisitos, variedades, posibilidades que brindan y las prohibiciones impuestas al registrador del estado civil en torno a ellas.

En la actualidad existen deficiencias y dificultades en el orden objetivo y subjetivo que conspiran contra el cumplimiento del objetivo por el que surgieron en la práctica registral.

Los factores implicados en hacer efectivo el procedimiento de elaboración, consignación y traslado de la información a otros Registros del Estado Civil o Palacios de los Matrimonios para que estas sean consignadas en sus asientos de inscripción estamos obligados a superar estas deficiencias y dificultades en bien de nuestra sociedad , de nuestras instituciones jurídicas y de nuestro sistema registral civil.

Bibliografía utilizada

- Ley 51 del 15 de julio de 1985 (Ley del Registro del Estado Civil).
- Resolución No 249 /2015 (Reglamento de la Ley No 51 del 15 de julio de 1985.

- Resolución No 250/2015 sobre los términos de los tramites registrales del Estado civil.
- Las Indicaciones Metodológicas No 4 del 16 de septiembre de 2010 de la dirección de notarías y Registros civiles del Minjus.
- La Instrucción 199/2010 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Protección jurídica a las personas de la Tercera Edad

LIZMARY ORTEGA DÍAZ*

ROSMERY RAMOS HERNÁNDEZ**

Fundamentación teórica

La persona, como cualquier otro ser viviente, ha tenido que enfrentarse siempre a un conjunto de problemas existenciales como individuo y como especie. El transcurso del tiempo puede producir discapacidades asociadas a la edad. Los ancianos, como se sabe, se convierten en un sector vulnerable de la sociedad, que precisa de cuidados y atenciones especiales, aunque ello no conduce necesariamente a una modificación de su estado civil personal y siguen considerándose, como regla, personas plenamente capaces.

Es una realidad que las personas de la llamada tercera edad transitan sus “años altos” más desamparadas que nunca, pues la familia se aleja cada vez más de su modelo tradicional de servir como fuente de apoyo y sustento de sus mayores.

No se puede confundir la vejez con incapacidad, ni puede considerarse a la simple senectud enfermedad o “retraso mental”; a pesar de que presenten un cierto desgaste humano por razón de su avanzada edad, no los limita para actuar en el trafico jurídico.

En dicho transcurrir, las personas necesitan la asistencia y cuidado que le puede proveer las ciencias y el Derecho en especial para que esas vidas transcurran en paz, con identidad y dignidad.

En el ordenamiento jurídico cubano no existe una regulación normativa totalmente protectora de las personas de la tercera edad, las cuales sufren de restricciones en el ejercicio de su capacidad de obrar. Muestra de ello es la pecaminosa omisión de estos sujetos en los supuestos descritos por el artículo 30 del Código Civil cubano, regulador de la capacidad restringida. En texto normativo se debió incluir las limitaciones por razón de avanzada edad para poder proveer a estas personas del

necesario complemento de su capacidad sin tener que convertirlos en incapacitados a la fuerza.

Otro factor por el que se consideran desprotegidos legalmente a las personas de la tercera edad, es precisamente la precariedad de las instituciones de guarda y custodia en la regulación del vigente Código de Familia de Cuba; pues en él solo se prevén las instituciones: patria potestad y la tutela, dejando excluidas otras de gran relevancia jurídica como la curatela y la autotutela.

Siguiendo este orden de ideas y suponiendo que se encuentren incluidas las personas de la tercera edad en el artículo anteriormente citado, no contarían con ninguna institución de guarda y cuidado para su protección, pues en Cuba se regula la tutela solo para los casos establecidos en los artículos 145 y 148 del Código de Familia, dígase los menores de edad y los mayores declarados judicialmente incapacitados, respectivamente.

Es inconcebible que una persona, aun contando con recursos, llegada a una eventual incapacidad por enfermedad, accidente o simplemente la vejez es sometida a un régimen de protección que la obliga a vivir asistida por un tutor designado por el juez, o en el mejor de los casos entre familiares que predetermina la ley, sin atender en la designación sus preferencias, intereses y afecto; situación esta que no tiene solución en la legislación cubana.

En este sentido, se podría retomar una figura que existe en legislaciones extranjeras para adecuarla a la cubana: la “delación voluntaria de la tutela” o “autotutela” para así subsanar este vacío legal, jurisprudencial y doctrinal. Al respecto la profesora VALDÉS DÍAZ[158]expone: “La delación voluntaria de la tutela por parte de los ancianos cuando aún poseen suficiente capacidad de obrar, designando ellos mismos su tutor para futuro, pudiera ser una medida legal que coadyuve a una mayor protección y una expresión de autonomía privada que no debe desdeñarse, aun cuando ello no vincule la decisión que, en cada caso concreto, deberá tomar el tribunal al respecto,

[158] Caridad del Carmen Valdés Díaz. Profesora Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana

siempre velando por lo que resulte más conveniente al interés de la persona que se intente proteger."

Las razones antes expuestas han sido el motor impulsor para el desarrollo de este estudio, que intenta fundamentar la necesidad de que se regule en el ordenamiento jurídico cubano la admisión de la figura de la autotutela, de manera tal que se logre una mayor seguridad jurídica y protección legal a las personas de la tercera edad para que puedan manifestar su voluntad cuando aún su plena capacidad de obrar lo permita con el propósito de designar su tutor para cuando acontezca su incapacidad. Así se contribuirá a la uniformidad y desarrollo legislativo del tema en Cuba, favoreciendo el sustento legal de fenómenos que en la práctica no se encuentran respaldados adecuadamente. En este sentido, se plantea el siguiente ***problema científico:***

- ¿Cómo contribuir al fortalecimiento del régimen de protección de las personas de la tercera edad regulado en el Derecho Civil Cubano?

Con el propósito de ofrecer respuesta al problema de investigación planteado, se propone como ***hipótesis*** la siguiente:

La regulación en el Derecho Civil Cubano de la delación voluntaria de la tutela por parte de las personas de la tercera edad cuando aún poseen plena capacidad de obrar, coadyuva a su eficaz protección legal al no ser sometidos al régimen de guarda predeterminado en la legislación civil cubana.

Debido a la complejidad del tema y con el fin de encaminar la investigación, se exponen los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL:

Fundamentar la necesidad de la regulación de la autotutela en el ordenamiento jurídico cubano como institución protectora de las personas de la tercera edad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Sistematizar los referentes teóricos y normativos que informan la capacidad jurídica civil y su regulación en el ordenamiento jurídico patrio.

2. Caracterizar la regulación normativa de las instituciones de guarda y custodia en el ordenamiento civil cubano.
3. Argumentar la implementación de la autotutela como medida legal que coadyuve a una mayor protección y expresión de autonomía privada de las personas de la tercera edad.

Se combinó el empleo de métodos de la investigación social y de la investigación jurídica, muestra de ello constituye el uso de los siguientes ***métodos y técnicas*:**

Histórico- lógico:Se empleó para historiar los antecedentes, regularidades y tendencias actuales de la capacidad jurídica civil, lo que permitió dar al trabajo una secuencia lógica y coherente

Derecho Comparado: Con el objetivo de analizar las legislaciones foráneas y obtener la generalidad teórica y jurídica de la autotutela y valorar la postura que adoptan otros ordenamientos jurídicos, lo cual permite precisar la situación de la institución en Cuba y asumir los patrones jurídicos asequibles a la realidad cubana.

Análisis de contenido: Útil para analizar de forma coherente y sistemática algunos textos y publicaciones de autores nacionales y extranjeros, a fin de conocer las posiciones de los autores en relación al tema y de esta forma crear un criterio propio a partir del conocimiento de las polémicas existentes relacionadas con la protección legal de las personas de la tercera edad en relación a las instituciones de guarda y cuidadoen el ordenamiento jurídico cubano.

Consulta a especialistas: Permite ofrecerle un enfoque práctico a la presente investigación, pues este método se materializa a través de consultas realizadas a personal calificado en relación a su desempeño profesional, con el fin de acercar al tema en cuestión la realidad de los operadores del Derecho.

DESARROLLO

1. Consideraciones generales sobre la capacidad civil.

La capacidad jurídica es, en **Derecho,** la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, que se manifiesta respecto a relaciones jurídicas determinadas,

reconocida esta en el artículo 28 del Código Civil vigente en Cuba. La capacidad jurídica se clasifica en: *capacidad de derecho o goce:* es la idoneidad que tiene una persona para adquirir derechos, por el simple hecho de existir, o sea se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte y *capacidad de obrar o de ejercicio:* es la idoneidad de una persona para ejercer personalmente esos derechos y realizar actos jurídicos ante la ley. El ejercicio de esta requiere de dos requisitos fundamentales: voluntad e inteligencia, elementos que no están presentes en todas las personas o no se manifiestan de igual forma en todas, por lo que esta puede ampliarse o restringirse, dando lugar a diversas situaciones: plena capacidad, capacidad restringida o carencia total de incapacidad.

Estas situaciones han sido reconocidas de forma teórica y legislativa, muestra de ello es su regulación en los artículos 29, 30 y 31 del Código Civil. La plena capacidad de obrar, que permite a su titular realizar actos eficaces se alcanza al arribar a la mayoría de edad, es decir, a los 18 años cumplidos, o cuando el menor contrae matrimonio, (hembras a partir de los 14 años de edad y los varones de los 16 con autorización de su tutor legal). Para aquellos que tengan la capacidad restringida se precisa que solo podrán realizar actos jurídicos para satisfacer sus necesidades normales de la vida cotidiana, declarándose ineficaz cualquier acto que exceda esta posibilidad. Se encuentran en esta situación: los mayores de 10 años, que pueden disponer del estipendio que se les asigna, y de la remuneración por su trabajo, una vez alcancen la edad laboral; los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento y los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco. Carecen de total capacidad los menores de 10 años y los mayores de edad que han sido declarados judicialmente incapaces por el tribunal competente, para regir su persona y bienes.

En el artículo 32 se garantiza el complemento de la capacidad para estas personas a través de instituciones de guarda y cuidado reguladas en el Código de Familia, sin embargo cabe señalar que las personas con capacidad restringida se encuentran desprotegidas, situación esta que se analizará próximamente.

1.1 Distinción entre las categorías: capacidad, discapacidad y ancianidad.

A los efectos estadísticos, en algunos casos se toma la vejez a partir de los 65 años, edad que se hace coincidir con el inicio de la jubilación para la población económicamente activa; la Organización Mundial de la Salud, en cambio, ha establecido la línea en los 75 años. En realidad, el límite se irá extendiendo a medida que aumente la longevidad de la persona humana merced, en gran parte, a los progresos de la ciencia.

Desde el punto de vista individual el envejecimiento produce alteraciones en diferentes sistemas del organismo, entre ellos en el sistema nervioso, en los órganos de los sentidos, en el sistema cardiovascular, en el respiratorio y en el sistema músculo esquelético y locomotor. Esos padecimientos no solo ocasionan un alto nivel de morbilidad y mortalidad en este segmento poblacional, sino que además provocan un altísimo nivel de discapacidad y sobrecarga social y familiar.

Normalmente, la edad mínima es un presupuesto limitativo de la capacidad de ejercicio. En cambio, la edad máxima no lo es, aunque una persona tenga avanzada edad y presente cierto deterioro físico y mental no significa que carezca de capacidad. El fundamento es claro, el transcurso del tiempo le permite a la persona adquirir paulatinamente las aptitudes necesarias para ejercer por sí los derechos y obligaciones de los que es titular. Por otra parte, determinadas afectaciones psíquicas pueden disminuir las condiciones de entendimiento y voluntad, más no anularlas, y permitirle por tanto, la realización de ciertos actos en correspondencia con la patología que presente.

Sin embargo, muchas veces se confunde el término ancianidad[159]con discapacidad[160]. La discapacidad, en principio no tiene por qué suponer en el sujeto que la padece una

[159] Es descrita muchas veces como un estado del espíritu. Es difícil afirmar cuando comienza, dado que el envejecimiento varía de persona a persona. Según la Organización Mundial de la Salud, OMS, el envejecimiento no es simplemente un proceso físico, sino más bien un estado mental y en ese estado mental estamos presenciando el comienzo de un cambio revolucionario.

[160] Según VARELA AUTRÁN, Benigno**,** el término "personas con discapacidad" significa cualquier persona imposibilitada de asegurarse total o parcialmente por sí misma las necesidades de un individuo normal y/o una vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental.

ausencia de capacidad, que le impida *per se*, ejercitar los derechos y cumplir los deberes jurídicos que como miembro de una colectividad ha de cumplir.

El discapacitado es una persona y un ciudadano que debe gozar de igualdad de derechos en relación con quienes no tienen los déficit físicos, psíquicos o sensoriales propios del mismo, y que es capaz de llegar a una integración social adecuada y proporcionada a su propia minusvalía, que necesariamente ha de redundar no solo en beneficio propio, sino también en toda la sociedad a la que pertenece.

De igual manera el concepto de incapacidad, suele confundirse con el de discapacidad. No todo discapacitado requiere necesariamente ser incapacitado. Depende del grado de afectación sensorial o psíquica o de la limitación física padecida, para que sea declarado el discapaz, judicialmente incapacitado. Cuestión esta de suma importancia pues mientras una persona no éste declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna

2. Recepción de la capacidad de obrar de las personas de la tercera en el Código Civil Cubano.

En el ordenamiento jurídico cubano no existe una regulación normativa totalmente protectora de las personas de la tercera edad, las cuales sufren de restricciones en el ejercicio de su capacidad de obrar. Muestra de ello es la pecaminosa omisión de estos sujetos en los supuestos descritos por el artículo 30 del Código Civil cubano, mencionado con anterioridad, regulador de la capacidad restringida. En texto normativo se debió incluir las limitaciones por razón de avanzada edad para poder proveer a estas personas del necesario complemento de su capacidad sin tener que convertirlos en incapacitados a la fuerza.

Otro factor por el que se consideran desprotegidos legalmente a las personas de la tercera edad, es precisamente la precariedad de las instituciones de guarda y custodia en la regulación del vigente Código de Familia de Cuba; pues en él solo se

prevén las instituciones: patria potestad y la tutela, dejando excluidas otras de gran relevancia jurídica como la curatela y la autotutela.

Siguiendo este orden de ideas y suponiendo que se encuentren incluidas las personas de la tercera edad en el artículo anteriormente citado, no contarían con ninguna institución de guarda y cuidado para su protección, pues en Cuba se regula la tutela solo para los casos establecidos en los artículos 145 y 148 del Código de Familia, dígase los menores de edad y los mayores declarados judicialmente incapacitados, respectivamente.

Es inconcebible que una persona, aun contando con recursos, llegada a una eventual incapacidad por enfermedad, accidente o simplemente la vejez es sometida a un régimen de protección que la obliga a vivir asistida por un tutor designado por el juez, o en el mejor de los casos entre familiares que predetermina la ley, sin atender en la designación sus preferencias, intereses y afecto; situación esta que no tiene solución en la legislación cubana.

1. Antecedente normativo de las instituciones de guarda en el vigente Código de Familia.

1.1 Precariedad de las instituciones de guarda y custodia en la legislación cubana.

El Código Civil Español de 1870 recogía la institución de la tutela y además el de la curatela con un carácter diferente del que hoy tiene, pues designaba esta figura como un vigilante fiscal del tutor y una nueva garantía del incapacitado, disponiéndose que todos los sujetos acogidos a tutela tuvieran un curador.

Al hacerse extensivo este Código a Cuba en el año 1889 se refundieron en una sola figura ambas instituciones, por lo que solo se recogía la tutela como institución de guarda.

El Código de Familia, vigente desde el 14 de febrero de 1975, es reflejo de las transformaciones que la Revolución trajo para la sociedad y la familia cubana y constituye un fiel exponente de los principios del Derecho de Familia en una sociedad socialista.

Sin embargo, recoge únicamente la figura de la tutela para la protección de menores de edad que no estén bajo patria potestad y los mayores de edad declarados previamente incapacitados para regir su persona y bienes, por presentar enajenación mental, sordomudez o cualquier otra causa, que los limite a

Esta tutela responde al tipo de autoridad judicial en la que el tutor es designado por el Tribunal Popular, suprimiéndose así la tutela familiar regulada con anterioridad y por tanto desaparecieron el protutor y el Consejo de Familia, correspondiendo entonces las facultades de estos órganos al propio Tribunal.

De esta forma el Título IV destinado en esta Ley a la Tutela si bien no recoge un concepto, sí establece el objeto de esta institución, quiénes estarán sujetos a ella, el carácter voluntario de la aceptación del cargo y la irrenunciabilidad al mismo, una vez aceptado. Así mismo se establecen las reglas para la constitución de la tutela de los menores de edad y los requisitos que debe reunir la persona que sea designado tutor de uno de ellos.

Aborda de igual forma lo concerniente a la tutela de los mayores de edad declarados incapacitados, estableciéndose un orden de prelación para deferir la tutela de una de estas personas y los requisitos que deben cumplir quienes se designen como tutores.

En lo referido al ejercicio de la tutela se recogen las obligaciones de los tutores y lo relativo a la rendición de cuentas de los mismos en su gestión y las causas de remoción y extinción de la tutela.

De esta forma puede apreciarse que otras instituciones de guarda y cuidado no se regulan, siendo tan importante ésta para auxiliar, asistir y completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para la realización de determinados actos de este asesoramiento; encontrándose en esta situación las personas de la tercera edad.

1.2 La autotutela como institución protectora de las personas de la tercera edad. Propuesta de su implementación en el Código De Familia.

Las referencias históricas con respecto a la autotutela[161] son muy escasas, debido a la novedad del tema, sin embargo sus antecedentes se encuentran en el año 1927, cuando una persona de nacionalidad rusa al cumplir la mayoría de edad nombró para sí un tutor en documento privado. La razón de esta autodesignación se basó en que dicha persona padecía una enfermedad hereditaria degenerativa. Curiosamente esta fue aprobada por el Tribunal de Tutelas.

Hoy día son muy pocas las legislaciones extranjeras que han consagrado en sus textos la designación de tutor voluntario. Como resultado de la investigación se desprendió que Canadá, Estados Unidos, Japón, Inglaterra, Francia, y Bélgica son los únicos países que contemplan disposiciones para la propia incapacidad, pero en ninguna de dichas legislaciones se consagra la autodesignación de tutor, o en otras palabras, la tutela voluntaria. Lo que sí prevén sus leyes son instituciones como el testamento vital, mandato de autoprotección y fideicomiso. En fin, se concluyó que solamente en Alemania, Suiza y España (hasta cierto grado, pues no está regulado específicamente en el Derecho Común español. Es decir en el Código Civil sino en la Ley Catalana) se adopta una figura análoga a la que es objeto de nuestro estudio.

La figura de la "autotutela" o "tutela voluntaria" consiste en la designación por parte del interesado mayor de edad que no puede valerse por sí mismo (por causa de incapacidad física o psíquica) de la persona que en calidad de tutor puede representar su persona y bienes. Como expresa MARTÍNEZ GARCÍA "es la institución a través de la cual se posibilita a la persona capaz para, mediante un documento apropiado, formal, y revocable, dejar preestablecido, para el supuesto de su incapacitación, el organismo tutelar en cuanto a su configuración, personas que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control" . La autodelación de la tutela ha sido definida por RIVAS MARTÍNEZ como "la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacidad", "la legitimación de una persona para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación".

[161] La paternidad del término autotutela corresponde al abogado Eloy Sánchez Torres en su artículo "Una nueva modalidad tutelar" (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1998, pp. 345). La palabra autotutela se introduce en esta obra al decir "La autotutela es la manifestación práctica que más acusa la cristalización del discutido problema de los derechos sobre la propia persona".

La autotutela puede recomendarse para prever y decidir lo que puede acontecer en el futuro. Mediante el nombramiento de tutor se protege realmente a la persona mayor ya que en los momentos en que ella no tenga la suficiente capacidad para gobernarse, habrá una tercera persona, designada por ella misma, que cuidará de su persona y de sus bienes, con todas las garantías legales.

Con la *Autotutela*, también denominada *delación voluntaria de la tutela*, se permite designar ante un notario, en un documento público, a aquella persona (física o jurídica sin ánimo de lucro) que uno quisiera que fuera su tutor, en caso de que en un futuro, fuera declarado incapaz. En la misma escritura también se puede excluir expresamente a alguien para ejercer funciones tutelares, así como nombrar sustitutos y órganos de control o supervisión de la tutela. Así mismo, la persona puede dejar en ella reflejada su voluntad, es decir, puede dar instrucciones de cómo quiere que sea ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes. Es importante señalar que cuando se otorgue la escritura de autotutela la persona debe conservar sus facultades intelectuales y por tanto decidir libremente lo que quiere hacer.

Sin embargo, en la práctica hay pocas personas dispuestas a hacer de tutores, incluso entre los familiares cercanos. Es por ello que se hace necesaria la existencia de entidades que realicen las funciones de tutela que antes correspondían a los hijos o familiares. Con el fin de poder ejercer las tutelas con la dedicación y responsabilidad que requieren se necesitan importantes recursos tanto económicos como personales. Convendría, por tanto, intentar sensibilizar a la sociedad y a las instituciones para que apoyen a las entidades tutelares en la consecución de estos recursos. Es la única forma de que la protección de la persona mayor que nos ofrece el Derecho pueda ser, cada vez más, una realidad.

La autonomía de la voluntad es lo suficientemente importante y significativo, como para aceptar como admisible las disposiciones de autodelación de la tutela realizadas por una persona mentalmente capaz en el momento de plasmarla en un documento notarial, quedando tanto estas autoprevisiones como su valor vinculante, supeditados al mantenimiento de las circunstancias que contempló al hacer la

designación, fundamentalmente la aptitud del designado y la confianza depositada en él: y el juez, como órgano superior de la constitución de la tutela puede (en beneficio del incapaz), en resolución motivada, hacer otro nombramiento diferente del contemplado por el propio interesado.

Como derechos inherentes a la personalidad que son la libertad y la seguridad se propone la inclusión de la institución de guarda y cuidado “autotutela” en el Código de Familia cubano para garantizar a la persona y su patrimonio una adecuada protección legal.

Conclusiones

Cuba, país que como ningún otro se preocupa por la protección de sus ciudadanos y en especial de aquellos que se puedan encontrar en desventaja debe atemperar su legislación a las nuevas tendencias internacionales en cuanto a instituciones de guarda se refiere.

Los menores de edad no sujetos a patria potestad y los mayores de edad incapacitados se encuentran protegidos por la tutela; no ocurriendo lo mismo con aquellas personas que presentan algún grado de discapacidad que les impide actuar por sí mismas, necesitando de la figura del curador para que complemente su capacidad en aquellos actos que la Ley determine.

Toda persona capaz puede nombrar, mediante declaración unilateral otorgada en escritura pública, al tutor que se encargará de su persona y patrimonio para el caso de que llegue a ser declarado interdicto.

Bibliografía

1. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil. Introducción y Parte General,* Tomo I, Volumen Segundo, Ed. Bosch, Barcelona, 1996;
2. BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil. Parte General,* tomo I, décima edición (actualizada), Ed. Perrot, Buenos Aires, 1991;
3. CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil Parte General,* tomo I (primera parte), EMPES, La Habana, 1983;

4. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil,* Tomo I, Volumen I, 3ra edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966;
5. DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I - *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica,* 8ª edición Tecnos, 1994;
6. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 5ª edición, Editorial Rhodas, Lima, 2006;
7. GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *Parte General del Derecho Civil Español,* Ed. Civitas, Madrid, 1983;
8. GHERSI, C. A., *Derecho Civil. Parte General,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999;
9. GÓMEZ TRETO, R., *Las tendencias del Derecho civil cubano. El nuevo Código Civil,* material inédito ;
10. JIMÉNEZ SALINAS, J. C., *"La Autotutela como forma de protección a la dependencia",* en PROVEA Fundació Pro Vellesa Autónoma, 2008;
11. LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, traducción y notas de Miguel M. Izquierdo y Macías-Picavea, EDERSA, Madrid, 1978;
12. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1987;
13. VALDÉS DÍAZ, Caridad del C. (Coordinadora) *et al, Derecho Civil. Parte General,* Ed. Félix Varela, La Habana, 2002;

Género, Violencia Intrafamiliar y su regulación jurídica

JEANET RODRÍGUEZ LABRADOR*
MARIELA MERIÑO ODRIAZOLA**
GLORIA MÁRQUEZ FERNÁNDEZ***
TANIA CASTELLANOS PÉREZ****

Introducción

La violencia tiene múltiples causa, se presenta y se manifiesta en muchos ámbitos de nuestra sociedad, sus actores son numerosos y en muchas oportunidades con comportamientos no individuales, siendo un hecho incorporado a nuestra vida cotidiana, en cierta medida viene formando parte de nuestra cultura.

Somos del criterio, de que el tema de violencia intrafamiliar en Cuba es una situación realmente preocupante, por las funciones y el papel que dentro de la sociedad cubana actual está llamada a desarrollar la familia.

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.[162]

El entorno familiar desempeña un importante papel en el desarrollo de la personalidad del hombre y en el progreso de la sociedad, en ella el individuo encuentra antes que en cualquier otro sitio, un ambiente educativo, no sólo en sentido individualista, sino también en sentido social, sin embargo en muchas ocasiones la vida en el hogar es amenazada por actos violentos cometidos por miembros de la propia familia afectando el total y pleno desarrollo de los demás personas que la componen. Estos actos violentos que ocurren entre los miembros de

[162] Consultar Declaración Universal de los Derechos Humanos.

*Licenciada en Derecho. Abogada del municipio San Antonio de los Baños.
**Máster en Ciencias de la Educación Superior. Coordinadora de la Carrera Derecho, CUM San Antonio de los Baños.
***Presidenta de la Cátedra de la Mujer de la Universidad de Artemisa.
****Profesora del Centro de Gestión para la Información de la Universidad de Artemisa.

la familia se le denomina Violencia Intrafamiliar, existe en todas las clases sociales y puede provocar un grave y profundo deterioro de todos los integrantes de la familia.

La Violencia Intrafamiliar está considerada como un crimen encubierto pues el alcance real que produce en el seno de un hogar y que perpetra, por lo menos, a un miembro de la familia contra algún otro familiar, hoy día se desconoce, sólo se dispone de estimaciones sobre su magnitud, este desconocimiento se debe a la falta de denuncia de los casos y a la ausencia de estudios realizados sobre el tema a grandes masas poblacionales entre otros,de ahí la importancia que tiene el estudio de la Violencia Intrafamiliar.

Las autoras se plantean como problemática para la siguiente investigación el ¿Cómo inciden las principales manifestaciones de la Violencia Intrafamiliar en el ámbito de su regulación jurídica en Cuba?

La violencia intrafamiliar en el contexto de los derechos humanos

La Violencia Intrafamiliar y sus múltiples formas constituye un fenómeno mundial, que ha venido documentándose desde 1975 en los distintos foros internacionales y es reconocido hoy como una de las más frecuentes violaciones de los Derechos Humanos, dónde sin dudas, la mujer se constituye en el principal sujeto por su género.

Muchos han sido los intentos de las féminas por discutir y denunciar las violaciones de las que son víctimas, de intentar al menos ser escuchadas.De ahí que divergentes sean los criterios respecto al tema, que van desde no considerar este problema dentro del marco de los Derechos Humanos, amparados en que no se deben a acciones directas de los gobiernos o porque no tienen carácter político, hasta considerar otros, reformar este concepto para incluir expresamente dicha problemática.

Pero la realidad que se impone es cruel, en el mundo de los Derechos Humanos es más respetable organizarse para denunciar las violaciones que sufren mayoritariamente los hombres-varones, que luchar contra la violencia ejercida contra las mujeres. Basta con ver el enorme prestigio que tienen "las madres o abuelas de la plaza de mayo", sin embargo, no encontramos ninguna organización de padres,

esposos, hijos y hermanos de mujeres violadas o víctimas del maltrato doméstico, para denunciar estos hechos, también violadores de los Derechos Humanos. Que se puede esperar de esta problemática, si en la propia "Declaración de los Derechos del Hombre", sólo hay un artículo que se refiere expresamente a la mujer y es el que versa sobre el sagrado derecho a formar una familia.

Debemos reconocer que no ha sido fácil que la mujer concientice como violencia, lo que toda la vida ha visto como algo normal, como su deber de esposa, la subordinación y dependencia ante el poder del cónyuge, así como su invisibilidad en el quehacer humano, su desaparición de muchas facetas de la historia, el arte, el deporte, los logros de la ciencia. Que se entienda que es violencia porque es negarle toda posibilidad de comprender su presente para transformarlo eficientemente y porque su no participación le impide desarrollarse como ser humano.

Se dice que la violencia constituye una ofensa intolerable a la dignidad y la seguridad de la mujer y una violación flagrante de sus derechos y libertades fundamentales. Cuando la mujer tiene y mantiene una relación violenta, afirma sentirse degradada, siente vergüenza y culpa, como no pueden defenderse ante la agresión abusiva del más fuerte, las mujeres se sienten impotentes, anuladas, disminuye su autoestima, la imagen personal va deteriorándose gradualmente, surge el resentimiento y se crea desconfianza hacia los demás y hacia el medio social.

La problemática de los Derechos Humanos de la mujer y su vigencia en el espacio familiar violento requiere de un abordaje, que trascienda el enfoque legalista que tradicionalmente se ha utilizado. Aún, cuando hay que persistir en mejorar y adecuar las respuestas de las leyes a la problemática específica de la violencia en el hogar, es hora de reconocer que la acción legal no es suficiente y que la solución del problema, es decir, su erradicación, tiene que tomar en cuenta las causas del fenómeno, para tratar de suprimirlas.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, consagró la libertad de las personas al decir: "**Todos los seres humanos nacen libres y tienen derecho a la**

libertad"[163].Y la Violencia Doméstica afecta la libertad de la mujer, estando o no legalmente casada.

Debemos tener presente que hoy en todo el mundo, las mujeres se están organizando contra la violencia en sus múltiples formas y, aunque esta se manifiesta de diferentes maneras según el contexto cultural en que se da, el problema existe en todas partes. Entenderlo y luchar contra él ofrece grandes oportunidades para construir puentes entre culturas distintas y desarrollar estrategias a nivel cultural**.**

Ya en Latinoamérica, países como Venezuela, Costa Rica, Colombia, Perú, Bolivia, Chile y México, han creado organizaciones y planes de apoyo a la mujer maltratada y desde 1981 se dedica el día 25 de noviembre a la lucha y denuncia de la violencia contra la mujer.

Cuba con sus grandes logros sociales, ha hecho mucho en favor de la mujer y de la igualdad, su educación y liberación están mucho más adelantadas que en el resto de América, sin embargo, hay que seguir luchando por erradicar y prevenir las conductas violentas, que pueden deteriorar el trabajo, en ese sentido, de muchos años.

La violencia en la sociedad cubana: la respuesta jurídico – penal de la violencia intrafamiliar en cuba

En nuestro país no existe una legislación específica referida a la violencia intrafamiliar, sin embargo existe una voluntad evidente de proteger a la familia en general, y dentro de ésta a los infantes, las mujeres y ancianos, es por ello que la Constitución de la República como Ley de Leyes recoge los principios rectores en cuanto a la protección de la misma, reconociendo a la familia como célula fundamental de la sociedad.

Pero podemos decir algo más con respecto a este importantísimo tema, la incompetencia y falta de especificidad de nuestras leyes para sancionar actos de esta índole, es un problema que merece una especial atención. Basta con decir, que

[163]Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). « Artículo 16. 3 ». «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.»

el hecho de golpear a una persona, si no hay lesiones que precisen asistencia médica, no es considerado delito, sino una contravención del orden público que se resuelve con la imposición de una multa al victimario, lo cual añade humillación al abuso y rabia al daño, esto es siempre y cuando no se considere un problema entre marido y mujer. En resumen de una manera u otra se han tratado de explicar aquellos delitos que tienen que ver con la violencia, pero sin tener en cuenta el medio en que se desarrolla la conducta, pues cuando se da en el ámbito familiar, quedan determinadas actitudes violentas al margen de la legislación.

Por todo lo expuesto anteriormente y por la importancia que reviste para nosotros el "Plan de Acción Nacional de la República de Cuba de seguimiento a la IV Conferencia de la ONU sobre la Mujer";[164] expondremos parte de su contenido desde el punto de vista jurídico:

. Divulgar sistemáticamente informaciones sobre nuestra legislación y sus efectos, en especial sobre la mujer, incluidas directrices fácilmente asequibles sobre cómo utilizar el sistema judicial para ejercer los propios derechos. Ello también es válido para aquellos trámites jurídicos de la esfera extrajudicial, de ello se encargará el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Educación Superior y el Instituto Cubano de Radio y Televisión.

· Realizar la evaluación sistemática apoyándose en los resultados de las investigaciones científicas, de la eficacia de la legislación relativa a la mujer, incluyendo los procedimientos, a fin de proponer las medidas legislativas o de otra índole que se requieran, el responsable será el Ministerio de Justicia.

· Crear condiciones para elaborar la información estadística sobre las quejas y reclamaciones de la población con perspectiva de género, de manera que posibilite conocer el desglose por sexos de cada una de las materias y si fuera necesario adoptar medidas legislativas al respecto, encargados para esto los Órganos Centrales de la Administración.

[164]ESPÍN GUILLOYS, VILMA. "La Mujer en Cuba". Imprenta central de las FAR. La Habana. l99O. Intervención como Presidenta de la Comisión Nacional de Prevención y Atención Social

· Trabajar para el perfeccionamiento continuo de la legislación de familia de modo que favorezca relaciones más armónicas entre sus miembros, el responsable será el Ministerio de Justicia.

· Estudiar la conveniencia y posibilidad de establecer procedimientos diferenciados para la solución judicial de los asuntos de familia, considerando la creación de salas o tribunales de familia, encargados para ello Ministerio de Justicia, Fiscalía General de la Republica y Tribunal Supremo Popular.

· Continuar desarrollando acciones educativas al respecto, revisando la eficacia de la legislación correspondiente y proponiendo la adopción de las medidas legislativas que se requieran, responsables el Ministerio de Justicia y Tribunal Supremo Popular.

· Evaluar la posibilidad de incluir en la legislación penal sustantiva nuevas figuras o darle un tratamiento más severo a las ya existentes para reprimir conductas que atentan contra la familia, la niñez, la juventud y la mujer en particular, encargados Tribunal Supremo Popular y Ministerio de Justicia.

· Crear bases que permitan controlar y desglosar datos por sexo, edad y parentesco sobre las víctimas y los autores de la violencia contra la mujer y aquellas contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud, responsable Tribunal Supremo Popular y Ministerio de Justicia.

Teniendo en cuenta lo que expone el Plan de Acción nos atrevemos a proponer la posible inclusión de los delitos de malos tratos en nuestro ordenamiento penal, lo que fundamentaremos a partir de quienes son los sujetos pasivos de la violencia doméstica y por qué la legislación penal debe proteger a estos grupos más vulnerables. Comencemos planteando, en primer lugar quienes pueden ser sujetos pasivos de ese delito en términos estrictos, y en segundo lugar, si se puede ser sujeto pasivo del delito de malos tratos de manera indirecta, por ejemplo si cabe la posibilidad de considerar víctima de malos tratos psíquicos a una persona distinta de aquella a la que va dirigida la violencia psíquica (el hijo que presencia como el padre insulta o humilla a la madre); o más aun, si se puede ser sujeto pasivo del delito de

malos tratos psíquicos por el hecho de presenciar malos tratos físicos (el hijo que presencia como su padre golpea reiteradamente a su madre).

Respecto a las primeras de las cuestiones ha de afirmarse, consecuentemente, que el sujeto pasivo de este delito puede serlo cualquiera de las personas integradas en las relaciones familiares en cuyo seno tenga lugar el ejercicio de la violencia por parte de alguno de los miembros de la misma. Ahora bien, hasta el momento no hemos dicho todavía nada, porque la determinación del alcance de cada una de las relaciones mencionadas requiere algunas puntualizaciones; por lo que, para una mejor comprensión, analizaremos cada una de ellas clasificándolas en tres grupos: relaciones conyugales o análoga de afectividad; relaciones parentales en línea ascendente o descendente y en línea colateral; relaciones de tutela, acogimiento o guarda de hecho.

Por lo que supone a la relación conyugal, ésta supone la previa existencia de un vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo, sin embargo no tiene por qué exigirse que el vínculo matrimonial exista en el momento en el que se ejercieron las violencias. En lo referente a la relación análoga de afectividad, cabe afirmar que en ella se incluyen las relaciones de hecho equiparables al matrimonio: parejas de hecho constituidas por personas de distinto sexo, pero también por personas del mismo sexo, esto es, por homosexuales. Y ello, porque lo que debe exigirse como requisito es la existencia de una análoga relación de afectividad, que no queda impedida por el hecho de que se trate de personas del mismo sexo. También y al igual que en las relaciones matrimoniales el delito se podrá configurar incluso en los supuestos que esta análoga relación de afectividad haya cesado, sin que sea requisito indispensable la convivencia estable en el mismo espacio doméstico, la configuración del delito no se verá obstaculizada por el hecho de que no haya convivencia.

En las relaciones parentales en línea ascendente o descendente y en línea colateral ha de resaltarse en primer lugar, que se extenderá la protección a los hijos del otro cónyuge o conviviente – sea cual sea la clase de filiación – y, en segundo lugar, se preverá expresamente a los ascendientes, hermanos, sobrinos, primos como

posibles sujetos pasivos. Ahora bien, ha de hacerse notar que, no sólo pueden ser sujetos pasivos los ascendientes respecto de sus propios descendientes (padre – hijo), también podrá ser en el supuesto en el que los malos tratos recibidos procedan del cónyuge o conviviente de su descendiente (suegro/a – yerno, suegro/a – nuera), ya que el requisito indispensable para apreciar los malos tratos en la relación entre ascendiente y descendiente no es que haya una vinculación sanguínea o legal directa entre éstos, por el contrario, el requisito será la existencia de una relación de sujeción y de convivencia, por lo que constatada ésta podrá configurarse el tipo delictivo.

En la tutela, acogimiento o guarda y cuidado hay que advertir que el concepto de estas relaciones, tal como se enunciaba anteriormente, es uno fáctico, no necesariamente normativo, bastando para poder aplicar este tipo delictivo, que en todos los supuestos exista una relación de convivencia, una relación directa de subordinación y dependencia en un grupo familiar o similar a él equiparable. De hecho si con anterioridad, si bien se discutía, con anterioridad la posibilidad de admitir la apreciación del delito de malos tratos en caso de violencias físicas o psíquicas en ámbitos no propiamente familiares o cuasi familiares, en los que también exista una relación de subordinación (profesor – alumno), tal cuestión ha de entenderse resuelta no sólo por la interpretación extensiva que, en los términos ha de hacerse de la institución de la guarda de hecho sino también, por la incorporación del acogimiento como una de las relaciones en las que se puede ejecutar el delito. Por tanto, cabrá apreciar este delito en los casos de actividades de guarda sobre menores o incapaces en un establecimiento o grupo familiar por acogimiento, ya sea ejercida por personas físicas o por instituciones, por ejemplo, cabe incluir entonces aquellos establecimientos donde se encuentran los niños que no tienen padres y también a las personas que mantienen en condiciones infrahumanas a ancianos o personas discapacitadas en instituciones públicas, siempre que exista en cualquiera de los casos anteriores, claro está, una relación de dependencia y convivencia. Y por último, el hecho de que la incriminación de esta conducta quede reducida a las relaciones familiares o cuasi familiares nos lleva a concluir que nos encontramos ante un delito especial, ya que sólo pueden ser sujetos activos por alguna de las

relaciones antes expuestas; delito especial, además, en sentido estricto, ya que carece de correspondencia con otro precepto en el que incriminen las mismas conductas pero realizadas por cualquier otro sujeto activo.

Y, aunque sea algo evidente, nos parece de interés resaltar una cuestión a la que, por obvia, no se suele hacer referencia y es que los sujetos activos y pasivos habrán de tener alguna relación pero con independencia de su sexo, es decir que no sólo se protegerá de los malos tratos familiares los inferidos a mujeres y niños dentro del grupo familiar o seudofamiliar, y aunque efectivamente mujeres y niños sean las víctimas más frecuentes de los malos tratos, en realidad no sólo pueden ser sujetos pasivos del mismo mujeres y niños, sino que también pueden serlo los hombres.

Por lo que respecta al segundo de los interrogantes planteados al principio de este punto, es decir de la hipótesis apuntada de que puedan ser considerados sujetos pasivos de este delito personas que no han sido los destinatarios directos de la violencia, han de dividirse dos grupos de posibilidades: por un lado, si se puede o no ser sujeto pasivo indirecto de un delito de malos tratos caso de que la violencia ejercida directamente sobre otra persona sea física; y segundo, si se puede ser sujeto pasivo indirecto si la violencia ejercida sobre otra persona es psíquica. Y, para poder resolver ambos interrogantes, ha de apuntarse que la cuestión reside en determinar, en primer lugar, la conexión que ha de existir entre la conducta del sujeto activo y la repercusión de ésta en el posible sujeto pasivo indirecto, para que podamos afirmar que éste es, efectivamente, sujeto pasivo del delito de los malos tratos.

Pues bien, si tenemos en consideración que con este delito se trata de castigar al que mantenga a ciertas personas en un ambiente de violencia que pone en peligro directo su salud, parece indiscutible que, para poder ser sujeto pasivo de malos tratos, es necesario, en cualquier caso, que los actos violentos pongan en peligro la salud de éste. Ahora, lo que no parece que sea requisito imprescindible, para poder afirmar que una persona también puede ser víctima del maltrato, es que dicha persona tenga que ser destinataria inmediata de tal violencia. Por tanto, entendemos que puede admitirse que una persona es sujeto pasivo del delito de malos tratos si,

aún no siendo dicha persona la destinataria directa de los actos violentos, éstos ponen en peligro su salud; de hecho constituye una realidad constatada que tanto el ejercicio de violencias físicas como el de las violencias psíquicas sobre uno de los miembros de grupo familiar puede repercutir, con mayor o menor relevancia en la salud de otro de los miembros del grupo. Por una parte, cuando se trata del ejercicio de violencia física, sujeto pasivo de la misma es únicamente el acometido directamente: el golpeado, ya que, como indicamos, esta modalidad comisiva de los delitos de malos tratos requiere expresamente que el acto de violencia se ejecute sobre su cuerpo, ahora bien, esa violencia física directa sobre una persona podría configurar el delito de malos tratos sobre otra persona, por ejemplo, el hecho de que un padre golpee a la madre de un menor en su presencia puede constituir malos trato psicológicos para dicho menor, si con ello se pone en peligro su salud. También en el ejercicio de las violencias psíquicas cabrá admitir que es maltratada la persona que simplemente escucha o que presencia cómo se agrede verbalmente o se hace objeto de otras violencia psíquicas a otro de los miembros de la familia, aunque para ello no será suficiente con que aquella sea mero testigo de las agresiones proferidas a otro, sino que habrá de constatarse la puesta en peligro, de manera más o menos relevante, la salud de dicho sujeto pasivo indirecto. De hecho, si un miembro de la familia presencia el maltrato, por ejemplo, la madre presencia el maltrato del padre al hijo, no sólo que la madre no tiene por qué ser considerado sujeto pasivo del mismo, sino que incluso puede también incurrir en responsabilidad penal por omisión si, teniendo posición de garante de ese hijo no hace nada por impedir el maltrato. Por lo que, para concluir víctima del maltrato físico sólo puede serlo la persona golpeada, mientras que se podrá ser víctima del maltrato psíquico indirectamente por ser testigo tanto de violencias físicas como psíquicas a otro miembro del ámbito familiar; pero para ello, el ejercicio de tales violencias tiene que poner en peligro la salud de esa persona no destinataria directa de la conducta en cuestión y no ser ésta responsable en comisión por omisión de los malos tratos.

No pretendemos decir que la solución esté únicamente en manos de la ley y la justicia, pero si es importante tener en cuenta que dado el carácter especial de la familia, se requiere que la problemática familiar competa a profesionales

especializados y capacitados para ello (jurisdicción de familia) con la asesoría de equipos interdisciplinarios (médicos, psiquiatras, psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, entre otros). Asimismo se debe tener en cuenta que más que buscar el castigo del agresor, aplicándole sanciones severas como la privación de libertad, debe procurarse su orientación, reeducación y manejo psicoterapéutico. El Derecho, la Legislación y la Justicia deben desempeñar un rol importante en esta lucha, ya que estos deben convertirse en piedras angulares dirigidas a la defensa de la mujer y el niño que son maltratados, con esto no solo se busca castigar al agresor, sino a que la gente tome conciencia de lo que puede suceder a su pareja, su familia y a la sociedad en general si actúa violentamente.

Por tanto, es necesario que nuestros cuerpos legales contengan sanciones para estos casos, que vayan dirigidas en un principio a la función curativa y, a largo plazo, en función preventiva, eje principal de nuestras leyes. Tipificar el maltrato físico como delito trae consigo el reconocimiento legal y social de las características destructivas del fenómeno, como daños corporales y psicológicos irreparables, que nadie recrimina porque no son legalmente consideras como tales y que, por tanto, no son castigados. Ahora bien, las medidas legislativas no son por si solas suficientes para frenar esta violencia, deben ir junto a estas la divulgación, educación, concientización y acceso a la justicia; entonces sería el primer paso hacia la eliminación de todas las normas discriminatorias y abriría el camino hacia la igualdad jurídica.

Las situaciones de violencia que encontramos en nuestras sociedades son diversas y están determinadas por múltiples condicionantes que deben analizarse desde perspectivas políticas, sociales, culturales, económicas y psicológicas para alcanzar una real comprensión del fenómeno. En este contexto los últimos años han sido testigos del develamiento de uno de los problemas más graves que enfrentan las personas cotidianamente, la violencia que se ejerce en su contra. La violencia intrafamiliar es un problema relevante que necesita un tratamiento particular y la preocupación de distintos órganos que aporten a la generación de soluciones concretas que apunten a las causas del problema y no sólo a sus consecuencias, de la misma forma establecer medidas de protección para las víctimas de violencia, y

sanciones para los agresores considerando la naturaleza de la relación afectiva entre víctima y victimario.

Enfrentar este problema es un reto para toda la sociedad, pero fundamentalmente para las organizaciones sociales y de masas, como parte de la estructuración de nuestra sociedad civil, en la búsqueda de medidas y acciones, capaces de prevenir y eliminar en lo posible, las conductas violentas del seno de nuestra sociedad.

Conclusiones

- ✓ Las Comisiones de Prevención, la Federación de Mujeres Cubanas, los Comités de Defensa de la Revolución, entre otros, aunque realizan una labor profiláctica importante aún es insuficiente, además, la Policía Nacional Revolucionaria está haciendo inadecuado uso de las advertencias oficiales como instrumento que tienen en sus manos para prevenir y enfrentar estas conductas, como regula el artículo 75 del Código Penal Vigente.
- ✓ La legislación penal es omisa en cuanto a los delitos de Violencia Intrafamiliar, de aquellos delitos que tienen dentro de sus elementos de tipicidad, expresa o tácitamente comportamientos violentos; no reconocen una diferenciación de cuando se producen en el ámbito social o en el ámbito familiar.
- ✓ Los delitos relacionados con las conductas violentas que ocurren en el seno de la familia con mayor incidencia son: las amenazas, las lesiones y la violación de domicilio.

Bibliografía

- ✓ BRUCK, WOLFANG. "La Familia desde el punto de vista de la criminología juvenil". Revista de Divulgación Jurídica del Ministerio de Justicia. Cuba l987. pág. 52 a la 75.
- ✓ Código de la Niñez y la Juventud. República de Cuba.
- ✓ COLECTIVO DE AUTORES. "Mujeres, Violencia y Derechos Humanos. Editora Isala y Caladria. Lima, Perú. l99l pág. l87.

- ✓ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- ✓ ESPÍN GUILLOYS, VILMA. "La Mujer en Cuba". Imprenta central de las FAR. La Habana. l99O.
- ✓ FERREIRA, GRACIELA. La Mujer Maltratada/ Graciela Ferreira. Buenos Aires, Argentina: Ed. Suramericana, l989 306p.
- ✓ HERRERA QUINTERO, YALITHZA. Necesidad de una legislación dirigida a la prevención del maltrato en la pareja/ Yalithza Herrera Quintero, María Morales. Tesis de Grado. Universidad Central de Venezuela. l989
- ✓ La mujer como víctima de la violencia/ Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana. 108, 1 y ss, enero de l993
- ✓ Resoluciones de la Conferencia de ONU sobre el tema de la Violencia Familiar. Publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Noviembre de l989.
- ✓ RODRÍGUEZ CALDERÓN, MIRTHA. "Violencia Doméstica: que nadie se entere". Revista Bohemia No. 47. Cuba. Año l992 .Pág. 2O y ss.

Legislaciones:

- ✓ Constitución de la República de Cuba de 1976. Preámbulo y artículos 45 y ss. Edición Ministerio de Justicia. 1977
- ✓ Código de Defensa Social cubano de 1936. Título XI y siguientes referidos al tema tratado. Cuba. Edición Vargas S.A.
- ✓ Código Penal vigente. Ley No. 62 de 1987. Edición MINJUS. La Habana. 1988.

La Educación Jurídica en la Educación Superior, una forma de potenciar la integración de las personas con discapacidad

EUSEBIA IZAGUIRRE BENCOMO*
PEDRO LEÓN LLANO**

Introducción

El estado cubano desarrolla acciones que garantizan y potencian la plena igualdad social entre los hombres, desde los preceptos de nuestra Constitución, se definen y recogen los derechos y deberes de todos los ciudadanos para la plena participación en la sociedad y el derecho a la igualdad de oportunidades.

La atención a las personas con discapacidad es una de las prioridades de nuestra política social que garantiza y desarrolla acciones para la elevación de la calidad de vida y la equidad de oportunidades .

En Cuba no existe una ley específica referida a las personas con discapacidad , existen leyes , decretos , disposiciones y regulaciones contenidas en los diferentes cuerpos legales como son el Código de la Niñez y la Juventud , el Código de la Familia . el Código Civil, el Código Penal y el Código del Trabajo que regulan el ejercicio de los derechos de estas personas , sin hacer exclusión , procurando desarrollar un sistema de garantías que articule de manera coherente y operativa las políticas ,planes y programas , con una nueva concepción política , social y cultural hacia las personas con discapacidad.

La actualización del modelo económico cubano, de acuerdo con el momento histórico, exige la formación de profesores, técnicos y obreros con una Educación Jurídica como parte de la formación integral, y el logro de una formación profesional que propicie el conocimiento de la legislación; sin embargo, el estudio diagnóstico realizado al estado actual de la educación jurídica en los estudiantes de la carrera de Licenciatura en Educación, en la especialidad de Especial , reveló que son insuficientes las acciones que se realizan en el proceso pedagógico en este sentido.

Del análisis realizado hasta aquí resulta necesario preguntarse: ¿Cómo contribuir al mejoramiento de la educación juridical en los estudiantes de la carrera de

Licenciatura en Educación, en la especialidad de Educación Especial? Es así como el artículo tiene la finalidad de proponer acciones para lograr una correcta educación jurídica en los estudiantes que garantice una exitosa preparación profesional como docentes de la Educación Especial que permita la integración de las personas con necesidades educativas especiales.

Métodos empleados: teóricos y empíricos con el empleo del análisis-síntesis, empleo de la inducción –deducción, y la revisión documental.

Desarrollo

La educación tiene como fin la formación y desarrollo del hombre y de la cultura en interrelación dialéctica. Según Chávez (2005) la Pedagogía es la ciencia que permite de forma consciente y sistemática estructurar, organizar y dirigir en el marco institucional –escolar y extraescolar– y en otras formas de organizarlo, el proceso educativo."

Los autores asumen que la **educación jurídica** es: "un proceso consciente de enseñanza y aprendizaje, de acercamiento continuo al derecho para apropiarse de su contenido político, social, ideológico, deontológico, axiológico, normativo y conductual, en función de la defensa consciente del proyecto socialista cubano, mediante el estudio de las normas jurídicas y encaminado a la formación ética del ciudadano sobre la base de la dialéctica de deberes y derechos".

La educación jurídica está caracterizada por la enseñanza de diferentes materias como Derecho Constitucional, Civil, Mercantil, Penal, Tributario, Laboral, que proveerán a los estudiantes de los conocimientos jurídicos básicos.

En el empeño de actualizar el modelo económico cubano, se ha demostrado la importancia de conseguir una mejor educación jurídica de los trabajadores. El objetivo es lograr, a través de los conocimientos, el ejemplo personal y la labor permanente de todo el personal docente, acercar a los estudiantes a temas relacionados con la legislación cubana actual, y sentar bases desde las escuelas para asegurar jóvenes con mayor cultura y conocimientos sobre dichos temas.

Contribuir a contar en el futuro con un pueblo de elevada educación jurídica, está entre los propósitos del Ministerio de Educación en Cuba.

El conocimiento de las principales legislaciones y documentos normativos que rigen las actividades económicas y de la profesión, ocupan un lugar muy importante, porque contribuyen a la educación jurídica demostrada en la práctica como educador, productor y consumidor racional, y en el interés por reproducir las relaciones socialistas de producción, distribución, cambio y consumo de forma sostenible.

La educación a las personas con necesidades educativas especiales en Cuba constituye uno de los principales logros. Haber garantizado durante más de 50 años el acceso de todos a la educación y haber puesto a disposición de ellos a todos los recursos materiales y humanos para integrarlos a la sociedad en igualdad de derechos y deberes explica la nobleza de esta obra, sin embargo no podemos dejar de reconocer los nuevos enfoques que se han gestado frente al modelo de atención educativa donde sustancialmente han influido las transformaciones económicas y sociales en los que están inmersa nuestra sociedad.

¿Qué es la discapacidad?

Es un constructo social, son las **limitaciones impuestas por la sociedad** a las personas con discapacidad. No es una consecuencia directa de las deficiencias de las personas, sino producto del **ambiente social** que no las asume

En la actualidad lo que va a determinar las necesidades educativas especiales no serán solo las deficiencias de las personas, sino las condiciones que afectan su desarrollo y que le impiden plenamente incorporarse a su entorno social y familiar.

La integración, según nuestras experiencias, no deberá verse solo como la incorporación a ultranza del alumno con NEE asociadas a condiciones y eventos discapacitantes a contextos escolares llamados comunes, desestimando los beneficios que representan otros contextos exclusivos, reconocidos como segregacionistas por muchos, en los que estas personas pueden recibir atención educativa de calidad.

La integración la vemos como un proceso de naturaleza social a través del cual se garantiza el acceso de todos a la vida, a la educación, al trabajo y a la seguridad social. Es estrategia socioeducativa al alcance de todos que ayude a fomentar el respeto y el acceso de todos a las diferentes esferas sociales sin segregación ni exclusividades.

La Educación Especial ha experimentado un desarrollo y perfeccionamiento progresivo, tanto en la teoría como en la práctica pedagógica, en aras de ofrecer la respuesta educativa que demandan todos los niños adolescentes y jóvenes y adultos con necesidades educativas especiales, consta de un modelo de atención integral a estas personas a partir de un sistema de influencias educativas coherentes con la activa participación de la escuela, la familia y la comunidad. (Santamaría D.2010).

Los años 90 fueron años de grandes acontecimientos internacionales que provocaron un desplazamiento pedagógico de la época hacia una manera de enfocar la atención educativa de las personas con discapacidad como:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- Declaración de los Derechos del Deficiente Mental (1971)
- Declaración de los Derechos de los Minusválidos(1975)
- Informe MARNOCK solicitado a un grupo de expertos por el secretario de Educación del Reino Unido.(1978)
- Año internacional del discapacitado(1981)
- Declaración de los derechos del niño(1989)
- Conferencia JOMTIEN . UNESCO (1990)
- Se evalúa la década en el marco del programa de atención mundial (1993)
- Primer congreso iberoamericano de Educación Especial .Chile (1996)
- Segundo congreso iberoamericano de Educación Especial Cuba (1997)

En todos los foros se analizó la necesidad de fortalecer las condiciones que promuevan la integración basado en un enfoque educativo asentado en la valoración

de la diversidad como elemento enriquecedor del proceso de enseñanza aprendizaje y sostén del desarrollo humano.

Con este objetivo la Educación Especial y la escuela especial tienen un enfoque inclusivo donde:

1. El modelo educativo y la escuela establecen vínculos entre los alumnos y el currículo para que todos triunfen, alcancen los objetivos de la propuesta educativa, adquieran y desarrollen estrategias de pensamiento, normas actitudes y valores que les permitan resolver problemas de la vida cotidiana y que los prepare para aprovechar las oportunidades que la sociedad les ofrece.
2. Desarrollo de similares programas educativos para todos.
3. Logro de compromiso de la familia y demás agentes socializadores con la escuela.
4. Desarrollo de los procesos bajo un clima de relación entre lo cognitivo y lo afectivo.

Para el logro del cumplimiento de estos objetivos en los programas de formación de los licenciados en la enseñanza especial se cuenta con las asignaturas Educación Jurídica, Taller de integración para personas con discapacidad y Cultura Tributaria las cuales tienen como objetivos:

- Analizar el sistema de leyes más generales, desde la Constitución de la República, acerca de la discapacidad.
- Valorar desde posiciones dialéctico materialistas las leyes, decretos , disposiciones y regulaciones contenidas en los cuerpos legales sobre la discapacidad
- Preparar a las personas con discapacidad para incorporarse a la vida social con igualdad de oportunidades.

En el sistema de contenidos se atiende:

-La Constitución de la República. La igualdad .Deberes, derechos y garantías fundamentales

En el desarrollo de la temática se realiza un análisis del contenido en la Constitución para que el estudiante conozca desde el punto legal los deberes y derechos constitucionales sobre discapacidad y a partir de ello poder realizar su trabajo de diagnóstico, atención y asesoramiento, a las personas con discapacidad.

- Leyes, decretos, disposiciones y regulaciones contenidas en los diferentes cuerpos legales sobre la discapacidad.

En esta temática conocen de las diferentes leyes, decretos, disposiciones y regulaciones como La Constitución de la República de 1976, Código civil , Código de la Familia , Código Penal, Código de la Niñez y la Juventud , Carta Circular del MININT, con este análisis conocen que desde la constitución se establece la protección a las personas con discapacidad , que el estado protege y garantiza la protección a estas personas , así como el derecho a la protección , seguridad e higiene del trabajo , a la atención médica , subsidio o jubilación en caso de incapacidad temporal o permanente .

Conociendo sobre el capítulo III del Código de la Familia Artículo148 puede influir en cuanto a la determinación de la responsabilidad ante un discapacitado, exigir por el ejercicio de la tutela , las condiciones y obligaciones así como de la autoridad de la facultad del tribunal para disponer la democión de la tutela en caso que el tutor haya dejado de reunir los requisitos .

En el análisis del Código Penal conocen de la responsabilidad penal,como la ley exime de responsabilidad penal a los enfermos mentales , en el capítulo VIII como se establece el delito por abandono a las personas con discapacidad , lo cual le permite influir y exigir por la atención adecuada a los discapacitados .

Con el estudio del capítulo I Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud puede prever y asesorar en cuanto al delito de violación, proxenetismo, trata de personas.

El Código de la Niñez y la Juventud le permite conocer la responsabilidad del centro educacional con los niños y jóvenes, la responsabilidad de la familia en cuanto a la escolarización de los menores.

En el análisis del acuerdo n°4085 del CECM conoce de las funciones del Ministerio del Trabajo y seguridad social en cuanto a la asignación de trabajos teniendo en cuenta la discapacidad, salario , seguridad, protección así como de la atención y seguridad social, lo cual le da herramientas necesarias para exigir por el cumplimiento de la misma en caso de no garantizarse la ubicación laboral de los discapacitados al concluir la etapa escolar, presentar alguna dificultad en el trabajo ya sea de salario, condiciones laborales, protección etc., de esta forma puede asesorar con mayor eficacia a los implicados, la familia y exigir por cumplimiento de lo establecido en la ley.

En la ley 54 del 27-12-85 Ley del MINJUS conoce de la obligatoriedad de la realización de visitas a los diferentes Órganos de relaciones en cuanto a la verificación de las funciones y las normas de las diferentes asociaciones que atienden a los discapacitados., de los requisitos para el otorgamiento del carné de identidad. Todo ello el permite accionar por el cumplimiento de lo establecido a las diferentes asociaciones .

En el tema estrategias, acciones , propuestas y programas dirigidos a la integración social y a la elevación de la calidad de vida de las personas con discapacidad permite a los estudiantes conocer sobre el proyecto de modificación RM 326/89, RM141/2001, Resolución 22/2004 y la resolución conjunta MINED-MINSAP, Circular conjunta MINED-MES con lo que se arman de conocimientos para accionar cuando se les presente incumplimientos en cuanto la accesibilidad de los discapacitados ya sea en la trasportación , las instalaciones , pago del pasaje , derechos sobre la adquisición de las viviendas y las condiciones de las mismas atendiendo a la discapacidad .Así como de las características para el ingreso de las personas con discapacidad a través de las comisiones de otorgamiento de prestación de servicios .De la existencia de las comisiones médicas deportivas para la evaluación de las personas ciegas y débiles visuales , prestación del servicio de trasportación de pacientes para los servicios médicos a nivel de municipio y provincia , la creación de comisiones médicas de peritaje para personas con discapacidad .

En cuanto a cómo brindar ayuda técnica como camas, colchones, sillones y otros equipos , la creación de talleres de ortopedia técnica para la confección de prótesis y otros aditamentos médicos , también con la instrucción general 135 de22/5/87 conoce sobre la entrega en usufructo de sillones de ruedas y otros equipos que se requieran por tiempo indefinido .

En la asignatura Taller de integración sociolaboral para los discapacitados se prepara al estudiante para el trabajo con las diferentes instituciones que se relacionan y tienen que atender a los discapacitados, con la asignatura el estudiante conoce de las funciones de las instituciones relacionadas con cada uno de los discapacitados y teniendo el conocimiento legal de los derechos de estas personas ,exige el cumplimiento de la ley, asesora y trabaja por el logro de la inserción social de cada uno de ellos .

También la asignatura propicia el conocimiento del trabajo que se realiza en los talleres para personas con discapacidad y le permite preparar al niño, joven o adulto para su inserción laboral, conociendo sus derechos y la responsabilidad de las instituciones y asociaciones que atienden a las personas con discapacidad, permite acercar al estudiante con los talleres donde se realizan los aditamentos necesarios para las diferentes discapacidades , ya sea ortopédicas , oftalmológicas , auditivas , logopédicas u otras.

Con la asignatura Cultura tributaria se le brinda al estudiante conocimiento sobre el costo de los diferentes aditamentos que el Estado garantiza para las personas con discapacidad , los centros médicos que pone a su disposición, los medios y equipos , los que se les entrega sin costo alguno para estas personas por lo que nuestro estudiante y futuro docente debe conocer para educar a los niños y jóvenes que atienda en el cuidado y conservación de los mismos considerando su aporte al mejoramiento de la calidad de vida de los discapacitados y su integración a la sociedad .

Conclusiones

Durante las visitas efectuadas a la práctica laboral a los estudiantes y recién graduados se pudo constatar que se realiza un trabajo más eficiente en cuanto al

dominio y aplicación de las leyes relacionadas con las personas con discapacidad, los estudiantes son capaces de enfrentar a las instituciones exigiendo por el cumplimiento de lo establecido , preparan desde la clase a sus alumnos para la vida laboral ,trabajan por el ahorro ,cuidado y conservación de los medios a su alcance le transmiten con su ejemplo el espíritu ahorro. Las familias y la comunidad se manifiestan más seguras y protegidas al tener mayor dominio de lo relacionado con sus derechos.

Bibliografía

- Borges, S.A y Orozco M. ***(***2013). *Educación Especial y Educación inclusiva: un horizonte singular y diverso para igualar las oportunidades de desarrollo. La Habana.* Cuba. MINED
- Escudero , M. Pérez, M. Díaz, J. Valdivia, L. (2007).Reseña de las Normas jurídicas cubanas relacionadas con las personas con discapacidad ..Ministerio de trabajo y seguridad social. La Habana .Cuba.
- Programas de Educación Jurídica , Cultura tributaria y Talleres de integración sociolaboral para las personas con discapacidad de la Educación superior.(2010)

Del contenido atípico del testamento en la esfera familiar[165]

LIZMARY ORTEGA DÍAZ*

SUMARIO:

1. **Introducción. 2. Nociones generales sobre el contenido atípico del testamento**. **3. Recepción del contenido atípico del testamento en el moderno Derecho Civil. 4. Contenido atípico del testamento en la esfera familiar. Consideraciones teóricas. 4.1 Reconocimiento de hijos. Consideraciones generales. 4.1.2 Reconocimiento de hijo extramatrimonial en testamento. 4.1.3 Particularidades del sujeto recognoscente y el sujeto reconocido. 4.1.4 Irrevocabilidad del reconocimiento filiatorio ante la revocabilidad del testamento. 4.1.5 Virtualidad del reconocimiento testamentario de hijos. 4.2 Tutela. Alcance de su admisibilidad en el acto jurídico testamentario. 4.2.1 Revocabilidad de la tutela testamentaria. 4.3 Disposiciones Sobre la utilización del material genético del testador. 5 Conclusiones.**

1. Introducción

A lo largo de la historia, el testamento ha sido considerado un elemento fundamental en la vida de los hombres, ya que garantiza la disposición de sus bienes y la perduración de su voluntad al momento de su fallecimiento. Empero, la doctrina más moderna lo ha admitido como una vía de ordenación del fenómeno sucesorio; como el acto dispositivo por excelencia; considerado un instrumento acogedor de las más disímiles manifestaciones de voluntad de una persona que al ser autoridad suprema de sus bienes e intereses, posee la libertad de disponer de ellos acorde a su conveniencia.

[165] La presente obra es el resultado de mi tesis de maestría en Derecho Civil.

* Máster en Derecho Civil por la Universidad de La Habana. Profesora Asistente de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones y Derecho Notarial de la Universidad de Artemisa y Notaria del municipio Artemisa.

El contenido de este acto jurídico comprende todo aquello que el autor desee ordenar acorde a su voluntad, dígase todas aquellas relaciones jurídicas susceptibles de transmisión que no se extingan a su fallecimiento. Tradicionalmente ha sido destinado a instituir herederos o designar legados; sin embargo no se puede reducir su contenido a disposiciones de tipo patrimonial, sino que también puede contener otras disposiciones no patrimoniales.

Actualmente la codificación continental concibe el testamento como un simple negocio de transmisión de bienes. El ordenamiento jurídico cubano en materia civil no ha estado ajeno al carácter patrimonialista que ha caracterizado al negocio jurídico testamentario, pues al hacer referencia en el artículo 476 del vigente Código Civil al contenido del testamento hace alusión solamente a la disposición patrimonial, dígase su contenido típico, obviando la posibilidad de disposiciones no patrimoniales. De ahí que las problemáticas que en el ámbito jurídico y doctrinal pudieran derivarse de la admisión de este tipo de disposiciones atípicas, constituyen un punto central para el debate y la investigación científica, a los fines de ampliar el marco de posibilidades en el orden teórico y normativo para la ordenación en testamento de disposiciones de carácter personal y familiar.

A pesar de ello, en numerosas legislaciones foráneas, se considera posible la existencia de contenido no patrimonial en el acto testamentario, incluso se pudiera admitir la posibilidad de redactar un testamento para establecer cláusulas de contenido exclusivamente extrapatrimonial. Lo cual ha generado algunas problemáticas relacionadas con la validez y eficacia de estas disposiciones dentro de la forma testamentaria.

En la esfera familiar, se torna particularmente polémica la admisión de disposiciones atípicas. Esto obedece, *prima facie*, a la naturaleza familiar – esencialmente diversa de la civil – de las disposiciones y su necesaria adecuación a la forma testamentaria. Así, el testamento, acto de última voluntad, es reservorio de manifestaciones que despliegan sus efectos *inter vivos* y ha de acompasarse en lo que fuese pertinente el régimen jurídico de estas instituciones familiares con la forma testamentaria.

2. Nociones generales sobre el contenido atípico del testamento

La visión tradicional sobre el testamento, que se asienta en la doctrina jurídica de los últimos siglos, considera de forma unánime que el mismo es, casi exclusivamente, un acto de disposición de bienes; esa ha sido considerada su función normal. Sin embargo, la doctrina más moderna y la práctica jurídica, consideran que las disposiciones que puede contener el testamento no revisten necesariamente el carácter patrimonial. El testador puede volcar en este, declaraciones o disposiciones de carácter no patrimonial que al incorporarse a tal acto –aunque ordinariamente tengan naturaleza y entidad propias fuera del ámbito estrictamente testamentario- forman lo que se ha denominado contenido atípico del testamento.

La variedad en su contenido (patrimonial o no patrimonial) ha provocado que algunos autores se refieran a la existencia en la doctrina jurídica de un contenido típico que consiste en ordenar el destino *post mortem* de los bienes y derechos del difunto que no se extingan con su muerte. Es el contenido normal y el que básicamente aspira a recoger el testamento. El otro sería el contenido atípico referente a la posibilidad de que en el testamento se incluyan otras manifestaciones no directamente patrimoniales o que no lo son, tales como el nombramiento de personas para cargos tutelares, reconocer un hijo natural, ordenar funerales y enterramiento, etcétera.[166]

El testamento por ser un acto "*mortis causa*" es un instrumento que utiliza el testador para que trascienda su voluntad y puedan contemplarse aspectos de tipo personal al momento de su muerte. Es un acto jurídico en el que se le reconoce a la voluntad una trascendencia y un poder tan extraordinario que es difícil encontrar otro con igual significación en el ámbito jurídico.

El fundamento racional y jurídico de este acto es la autonomía de la voluntad, que debe ser respetada en todo momento, incluso luego de la muerte de su autor. La autonomía de la voluntad, como uno de los principios fundamentales del Derecho Civil, encuentra manifestación concreta en sede sucesoria en la sucesión testamentaria. Bajo este principio las personas pueden esbozar la estructura y

[166] *Vid*. ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil,* tomo V – *Derecho de Sucesiones, 7ma edición,* José Ma. Bosch. Barcelona, 1997, p. 233.

funcionamiento del negocio que han fundado a través de sus propias declaraciones de voluntad.

El testamento, como acto unilateral se apoyó en la autonomía de la voluntad, siendo éste su elemento más importante. Respaldado en este principio, puede el testador disponer para luego de su muerte, de todas aquellas disposiciones que comprenden su última voluntad; ya sea en relación a sus bienes como lo referente a relaciones de orden personal y familiar, no extinguidas con su muerte. Encontrando de este modo, el contenido atípico su fundamento legal.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad encuentra cauce amplio y suficiente para que el testador ejercite una amplia gama de facultades que garantizan el cumplimiento de su última voluntad. La admisión como válidas de las disposiciones no patrimoniales en el testamento amplía el fundamento de este acto y supera el límite de lo meramente patrimonial. De esta forma se respeta el poder del sujeto para ejercer actos extrapatrimoniales después de la muerte como un reconocimiento del respeto de la autonomía de la voluntad.

El contenido atípico está compuesto por las manifestaciones de voluntad de una persona con eficacia *post mortem*, relativas a cuestiones no susceptibles de evaluación económica o que no suponen disposición de bienes y a veces afectan el Derecho de Familia. Son las disposiciones que materialmente se plasman en un testamento, que no tienen un contenido económico, pero que en esencia no son testamentarias, sino que provienen de la voluntad del testador. Es “el conjunto de disposiciones que siendo de otra naturaleza se encuentran, sin embargo, contenidas en un acto que tenga la forma de testamento”.[167]

De este modo se encuentran las que pudieran llamarse disposiciones atípicas de carácter familiar (reconocimiento de hijo extramatrimonial, nombramiento de tutor, entre otras), las de carácter personal (referentes a los derechos morales del autor) y las vinculadas a negocios jurídicos (disposición de órganos y el cuerpo).

[167] *Cfr*. GIAMPICCOLO, G., *Il contenuto atípico del testamento,* Giuffre Editore, Milano, 1954, p.3.

3. Recepción del contenido atípico del testamento en el moderno Derecho Civil

Una parte representativa de los Códigos Civiles modernos hacen referencia a la posibilidad de que el testamento contenga disposiciones extrapatrimoniales las cuales integran el contenido atípico de la figura, dentro de ellos se pueden citar los código civiles de: Bolivia, Perú, Portugal, Italia y Venezuela, fieles exponentes del proceso codificador.

El Código Civil de Perú en su artículo 686 segundo párrafo establece que son válidas las cláusulas testamentarias de carácter no patrimonial. Como queda advertido, este precepto le confiere mayor amplitud a las disposiciones testamentarias, las que pueden tener o no carácter patrimonial. Así mismo, el Código Civil de Bolivia, en su artículo 1112 establece: “Por un acto revocable de última voluntad una persona capaz puede declarar obligaciones o disponer de sus bienes y derechos en todo o en parte, dentro de lo permitido por la ley, para que ese acto tenga efecto después de su muerte. La parte no dispuesta se sujeta a las reglas de la sucesión legal, si ha lugar.” en su apartado segundo refiere que los testamentos también pueden contener disposiciones de carácter no patrimonial. Lo cual constituye un mérito por parte del legislador, pues reconoce al menos la facultad de incluir disposiciones de carácter familiar, personal, entre otras y aunque no las identifica, ya estarán legitimadas todas las cláusulas del testamento al amparo de este precepto legal.

Por otra parte De la lectura del artículo 587 apartado 1 del Código Civil de Italia se infiere que el precepto acoge el concepto tradicional de testamento como acto de disposición de bienes a causa de muerte. Sin embargo, seguidamente su párrafo segundo borra cualquier duda que pueda suscitarse al respecto, ya que aclara que las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley permite que sean contenidas en un testamento, tienen eficacia si se contuvieran en un acto que tiene la forma del testamento, aunque falten disposiciones de carácter patrimonial. Aun cuando la única disposición contenida en testamento sea de contenido no patrimonial, ya sea de orden familiar o personal, si se siguen las solemnidades de este acto de última voluntad, surtirá efectos jurídicos y se entiende que es una disposición testamentaria.

El ordenamiento jurídico cubano, tildado de excesivamente patrimonial al momento de ofrecer el contenido del acto jurídico testamentario, no regula en el resto de su articulado la posibilidad de que este documento con trascendencia jurídica, sea el soporte de las disposiciones extrapatrimoniales que anteriormente se nombran.El *mutis* del legislador civil cubano en cuanto a la posibilidad de incorporar al testamento disposiciones no patrimoniales, no significa una prohibición en la práctica jurídica. Sino que el testamento puede contener disposiciones patrimoniales que integran su contenido típico y disposiciones no patrimoniales denominadas atípicas que son incorporadas a él por el testador en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La definición de testamento que ofrece el Código Civil de Cuba se caracteriza por ser deficiente en cuanto a su limitada extensión. Al referir que “por medio de este, se dispone del patrimonio del testador”, sugiere que el contenido del testamento solamente abarca y comprende los bienes, es decir, lo material.

La definición de testamento debe ser más amplia, abarcar horizontes más dilatados y no encerrarse en las estrecheces de los bienes y su disposición. El legislador cubano debió haber admitido, al momento de definir el testamento (siendo éste un acto de tal relevancia jurídica) una fórmula de mayor rigor científico y eficacia práctica. De modo que, junto a las disposiciones de tipo patrimonial la norma consagrara la posibilidad de incluir disposiciones atípicas e incluso que solo estas puedan, eventualmente dar lugar al acto de última voluntad.

4. Contenido atípico del testamento en la esfera familiar. Consideraciones teóricas

El testamento en la actualidad, a la luz del Derecho moderno, se presenta como un vehículo idóneo para regular con eficacia para después de la muerte, una infinidad de intereses de índole no patrimonial. Actualmente se considera también testamento, la manifestación de voluntad de aquella persona que consigna en el documento que contiene su última voluntad solo disposiciones no patrimoniales, revelando querer servirse de un acto jurídico tan solemne para expresar sus inquietudes y disposiciones de orden únicamente personal, familiar o no patrimonial.

De acuerdo con que el testamento pueda albergar en su contenido disposiciones extrapatrimoniales, habría que argumentar en qué forma pudieran aparecer estas. Dos razonamientos serían perfectos para explicar tal posibilidad. Uno sería incluir las disposiciones no patrimoniales junto a las patrimoniales (institución de herederos y designación de legados, fundamentalmente) y considerarlas como parte del testamento en su sentido material, entonces, habría que aplicarles los requisitos y solemnidades de la figura testamentaria. El segundo, está encaminado a reconocer el testamento como un mero instrumento formal en el que se incorporan tales disposiciones; supuesto este en el que dichas disposiciones conservarán su naturaleza como negocios jurídicos y se regirán por la forma del testamento.

Ninguno de estos criterios ha encontrado una respuesta unívoca en la doctrina moderna, sobre todo si se reconoce la variedad de disposiciones no patrimoniales que pudiera alojar un testamento y, por supuesto, la diversidad que en cuanto a su naturaleza refiere. Es la naturaleza jurídica del negocio que se incorpora al testamento de manera formal y que constituye el denominado contenido atípico del testamento, la que va a condicionar la respuesta concreta o posición a seguir de acuerdo a los planteamientos anteriormente expuestos.[168]

El hecho de que se admitan en esta figura jurídica las disposiciones familiares en su carácter de disposiciones atípicas testamentarias, es muestra también del intento por parte del Derecho de ofrecerle valor a la última voluntad, dándole así, una mayor flexibilidad a las formas por las cuales esta deba evacuarse.

La pregunta cardinal sería: ¿cómo convertir disposiciones familiares que despliegan sus efectos *inter vivos* en disposiciones contenidas en un testamento – acto de última voluntad y de naturaleza *mortis causa*? Siempre se advierten como consecuencias de esta interrogante, ciertas incongruencias que se explican, en principio, por ser esencialmente contenido atípico del testamento.

La acogida en el testamento de disposiciones familiares como contenido atípico se puede fundamentar, precisamente, a través del carácter personalísimo e individual

[168] *Ídem.*

de este acto mortis causa. El testamento como acto jurídico perteneciente al Derecho Privado no admite representación voluntaria y contiene únicamente la voluntad de su autor, el testador.

Su carácter unilateral refleja la necesidad de que los actos que se incluyan en él sean también de naturaleza unilateral. Ello indica que sólo sea posible que los efectos de los mismos comiencen después de la muerte del testador. El testamento como acto o declaración de voluntad, produce sus efectos una vez acaecido el deceso de la persona que lo otorga. Las disposiciones que lo integran tienen eficacia post mortem, toda vez que, para la esfera jurídica de los causahabientes o sucesores este solo tiene eficacia después de acaecida la muerte de su autor. Otro factor que fortalece la idea sustentada, es precisamente la solemnidad que lo caracteriza y su inscripción registral que lo dota de publicidad frente a terceros.

De la misma forma que se considera al testamento como vehículo idóneo, contentivo de disposiciones atípicas de naturaleza familiar, algunas desventajas pudieran señalarse al momento de admitir la inclusión en él de dichas disposiciones. En este sentido se menciona, el hecho de la irrelevancia ante *mortem* del testamento que atentaría contra la eficacia del acto que se contenga en él. No menos importante resulta el carácter esencialmente revocable del acto jurídico testamentario, que pudiera verse afectado ante la posible irrevocabilidad que por razón de su propia naturaleza alcanzara la cláusula atípica que se incluyera en él.

Todas estas disposiciones que siendo de naturaleza distinta al testamento y por ende eficaces en el tráfico jurídico a través de su realización en un acto que no es testamento, al estar recogidas en él, no adoptan la naturaleza testamentaria. El principio de revocabilidad e irrevocabilidad de ellas actuará dependiendo de la aplicación de este principio en su vida fuera del acto jurídico testamentario. En fin, para poder establecer el carácter irrevocable de una disposición acogida a la forma testamentaria, se deben analizar dos factores:

- Primero: que la disposición no sea exclusivamente testamentaria, sino que debe poder adoptar vehículos o instrumentos extratestamentarios.

- Segundo: que al incluirse en testamento, no queden desnaturalizadas, sino que la forma testamentaria debe ser concedida a tales negocios con el fin de facilitarlos y de mantenerlos en secreto.

Por todo ello son solamente revocables las disposiciones testamentarias que por representar la voluntad eventual del testador, pueden ser alteradas por éste, durante toda su vida, por la razón misma de su eventualidad. Este ha sido el criterio defendido desde la doctrina española por RIVAS MARTÍNEZ, al cual se afilia esta autora, resaltando entonces, que son revocables las disposiciones que por su propia naturaleza inter vivos lo son, a pesar de estar contenidas en testamento.

De admitirse legalmente en el Derecho Civil cubano los actos de familia como contenido atípico, se considera por esta autora, que cualquier forma de testamento sería idónea para contenerlos; siempre que para ello se cumplan todos los requisitos esenciales para la validez del acto de última voluntad y con ello las peculiaridades de cada una de estos actos familiares contenidos en él.

Otra cuestión que se ha suscitado por la doctrina y ante la cual ha de tomarse postura es lo relacionado con la posibilidad de que la disposición familiar atípica sea la única cláusula testamentaria, es decir que el testamento no contenga disposición patrimonial alguna. Ante este supuesto la posición más atinada – a consideración de esta autora – es la de admitir la validez del testamento aun cuando solamente contenga el testamento disposiciones no patrimoniales o atípicas.[169]

4.1 Reconocimiento de hijos. Consideraciones generales

MONTIEL BACA define el reconocimiento filiatorio como “el acto jurídico familiar por el cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo reconocen y aceptan como su hijo, siempre y cuando se lleve

[169] La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España en sentencia del 22 de diciembre de 1964 ratifica la tesis anteriormente expuesta, al admitir validez y eficacia a un testamento donde la única disposición era el reconocimiento de hijo extramatrimonial y donde a pesar de cumplirse todas las formalidades testamentarias, no se hizo ninguna disposición de bienes con efectos *post mortem*, ni ninguna otra de carácter *mortis causa*. Esta sentencia fue dictada en ocasión de rechazar un recurso en el que se consideraba que no era verdadero testamento aquél que solamente contenía el reconocimiento de hijo y sin disposición de bienes para después de la muerte. Ante esta reclamación el tribunal dictó el siguiente fallo: “… como quiera que la jurisprudencia viene reconociendo como testamento aquellos en que expresada la voluntad del testador se determine el reconocimiento de un hijo natural o el nombramiento de tutor, etcétera, aparece evidente que el de referencia debe calificarse como tal con toda la fuerza que le concede el artículo 741 del Código y no puede prosperar el recurso…”.

a cabo en las condiciones y mediante las formalidades prescritas por la ley".[170] Por su parte PÉREZ GALLARDO lo conceptualiza como el "acto jurídico familiar a través del cual se establece la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio".[171]Mediante el reconocimiento una persona afirma ser biológicamente padre o madre de otra y como consecuencia se constituye o modifica la relación de filiación haciéndose coincidir con el vínculo natural.[172]

La admisión del reconocimiento como acto o como negocio jurídico se ha discutido por la doctrina.[173]Existen muy buenos argumentos respecto a una u otra tesis. Sin embargo atendiendo a que los efectos jurídicos que produce vienen dispuestos *ex lege*, y que no pueden ser derogados por la voluntad del recognoscente, se admite como acto jurídico familiar.[174] Lo cierto es que, sin caer en particulares y sin llegar a repetir los argumentos anteriormente aducidos, se entiende a juicio de GIAMPICCOLO que "el reconocimiento del hijo natural no es más que una declaración de ciencia calificada, un acto jurídico en sentido estricto y no un negocio jurídico.[175]

El reconocimiento de hijos se caracteriza esencialmente por ser un acto jurídico unilateral, personalísimo, individual e irrevocable.[176]Es un acto unilateral, porque no es necesario el consentimiento expreso del reconocido para que surta efectos jurídicos, sino que contiene solamente la declaración de voluntad del sujeto recognoscente.

---

[170]*Cfr*. MONTIEL BACA, M.A., "Reconocimiento de hijos otorgado en testamento", en Revista de Derecho Notarial Mexicano, No. 124, México, 2011, p. 39.
[171]*Cfr*. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba", 122 Universitas, 2011.p. 20.
[172]Es importante resaltar que entre los romanos no fue necesaria la existencia de la figura del reconocimiento, ello se debía a que no existía en aquella época otra fuente de filiación natural que el concubinato. Sin embargo en las Leyes de Toro se exigía que el padre reconociese al hijo cuando no hubiera tenido en su casa a la mujer de quien lo tuvo. Después de esta ley, no solo no se creyó necesario que el reconocimiento se hiciera por instrumento auténtico, en lo que seguramente no se faltaba a la ley sino que se estimó el reconocimiento tácito, burlando el espíritu y objeto de aquella y comprometiendo el reposo de las familias con pleitos escandalosos.
[173]En este sentido señala BELTRÁN DE HEREDIA que el reconocimiento de hijos, no puede ser considerado como un verdadero negocio jurídico de derecho privado, no sólo por la inaplicación genérica de este concepto en el campo del Derecho de Familia, sino especialmente por la propia esencia de dicho acto, que él considera como "un instituto típico de derecho familiar", considera que se trata de una auténtica confesión. *Vid*. BELTRÁN DE HEREDIA, J., "Reconocimiento de hijo natural en testamento", *en Revista de Derecho Privado,* Madrid, España, 1965.p. 184.
[174]*Ídem*.
[175] *Cfr*. GIAMPICCOLO, G., *Il contenuto... cit.,* p. 30.
[176] *Vid*. MONTIEL BACA, M. A., *Reconocimiento de hijos…, cit.,* p. 39.

Es además, un acto personalísimo, porque no se admite por medio de representación voluntaria. Su carácter de individual está dado porque lo puede realizar el padre o la madre independientemente sin presencia del otro. Es un acto puro que no puede estar sujeto a condición, término o modo. Finalmente es considerado irrevocable porque el padre que reconoce a un hijo no puede ir en contra de sus propios actos; esto se fundamenta teniendo en cuenta la propia expectativa jurídica que se crea con el acto de reconocimiento que no es más que la protección del interés superior del menor, en caso de que lo fuere.

El principal efecto del reconocimiento es la constitución del estado de filiación entre reconocedor y reconocido y con ello un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y deberes.[177] Estos efectos son retroactivos, es decir, en lo adelante del reconocimiento se entiende que es padre o madre del hijo reconocido desde su nacimiento.

El interés general en cuanto al tema del reconocimiento y con ello su principal efecto: la filiación, ha perfilado sobre la tesis de lograr una mayor protección del individuo en relación a su existencia y su normal desarrollo. La constitución del vínculo filiatorio al abrir la puerta a un haz de derechos, obligaciones y deberes filiales, interesa una concreción de mayor protección para los individuos involucrados en esta relación, especialmente, de quienes pueden ser su parte más débil, los niños.[178]

Como se mencionaba anteriormente, la filiación es el efecto principal del reconocimiento, lo cual quiere decir que la forma más trascendental de determinar la filiación legítima es a través de una de las modalidades de reconocimiento, ya sea el reconocimiento voluntario o el reconocimiento forzoso.[179] Interesándole a la autora para el desarrollo y fundamentación del presente estudio, la primera de las formas anteriormente expuestas.

---

[177] *Ídem.*

[178] *Vid*. GANDULFO R., Eduardo, "Reconocimiento de paternidad. Tópicos y cuestiones civiles", en *Revista Chilena de Derecho*, No.2, vol. 34, 2007, pp. 201- 250.

[179] A criterio de CASTÁN TOBEÑAS, el reconocimiento voluntario, es el reconocimiento propiamente dicho; tiene lugar cuando el padre o la madre, conjunta o separadamente, hacen constar en forma legal, que han tenido hijo fuera de matrimonio. Por su parte el reconocimiento forzoso tiene lugar cuando a petición del hijo en los casos determinados por la ley, la paternidad es declarada por los tribunales e importancia a los padres. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil… IV, cit.,* p. 17.

El reconocimiento voluntario, es un medio que el Derecho pone al alcance de quienes queriendo ser consecuentes con sus principios morales, pretenden cumplir la obligación moral de posibilitar al fruto de su unión carnal extramatrimonial una vida digna y humana. Una de las formas de materializar este acto es a través del testamento.

4.1.2 Reconocimiento de hijo extramatrimonial en testamento

A pesar de que no sea frecuente en la práctica jurídica que el reconocimiento de hijos opere vía testamentaria, en el orden dogmático nada impide que el padre reconozca como hijo suyo, al fruto de una relación extramatrimonial a través de testamento.

El hecho de considerar al testamento una de las vías posibles para efectuar el reconocimiento, encuentra su fundamento en un elemento psicológico del ser humano. El hombre, al sentirse cerca de la muerte considera oportuno confesar determinados hechos de su vida privada que ha preferido mantener en secreto debido a las consecuencias que conllevaría que salieran a la luz durante su vida. Facilitarle la posibilidad de hacerlo puede beneficiar a un tercero que sería el hijo, quien se ha visto hasta ese momento privado de sus derechos bajo la responsabilidad absoluta de su progenitor.

En el supuesto concreto de que ese hijo, sujeto pasivo del acto de reconocimiento filiatorio, fuese un menor de edad o incluso el *nasciturus*, la admisibilidad de esta forma de reconocimiento encontraría mayor fundamento. Ello se explica, entre otras cuestiones, a través de lo promulgado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, donde se establece como máxima el principio de que prime el interés superior del niño en todas las medidas concernientes a ellos que tomen las instituciones públicas o privadas, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.[180]

[180]Siguiendo esta postura, es menester referirse a la reflexión ofrecida por la ilustre profesora MESA CASTILLO quien manifiesta que, "la responsabilidad del Estado se contrae en tener como consideración primordial el interés superior del niño, en la toma de todas las medidas legislativas y administrativas que aseguren al niño su protección y cuidado teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres". MESA CASTILLO, Olga, *Los derechos fundamentales de la niñez en Cuba*, artículo ofrecido por la autora para los maestrantes de la Maestría de Derecho de Familia, Universidad de la Habana, 2ª edición, 2010, p. 12.

El reconocimiento de hijos es un acto distinto al testamento. Se puede otorgar por otros medios, es por ello que al incluirse en testamento o escogerse la forma testamentaria para hacerlo valer jurídicamente, se le considera disposición testamentaria atípica.

La doctrina civilista en la materia que se viene estudiando, ha manifestado sus consideraciones al momento de exponer el valor del reconocimiento de filiación en la forma testamentaria. Ello ha estado determinado por los caracteres y principios que distinguen a ambas instituciones jurídicas; pues el testamento es un negocio jurídico *mortis causa* mientras que el reconocimiento es un acto jurídico de carácter *inter vivos*. Pese a ello se ha admitido por numerosos Códigos Civiles el reconocimiento de hijos extramatrimoniales en la forma testamentaria. Tal es el caso de los Códigos Civiles de España, Argentina, México, Perú, Chile, Venezuela e Italia, por solo citar algunos.[181]

[181] En el mismo orden en que fueron mencionados, tenemos que:
Art. 120: La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:
1º) Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
2º) Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
3º) Por sentencia firme.
4º) Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.
Art.248: El reconocimiento del hijo resultará:
1ro. De la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;
2do. De una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido.
3ro. De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental.
Art.369: La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:
1º) Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
2º) Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
3º) Por sentencia firme.
4º) Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.
Art.390: El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.
Art.187: El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos:
1._ Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres;
2._ En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil;
3._ En escritura pública, o
4._ En acto testamentario.
Art. 217: El reconocimiento del hijo por sus padres, para que tenga efectos legales, debe constar:
1º En la partida de nacimiento o en acta especial inscrita posteriormente en los libros del Registro Civil de Nacimientos.

El ordenamiento jurídico cubano al momento de regular la institución del reconocimiento de hijos, solamente prevé dos formas de hacerlo eficaz: una es a través de la declaración ofrecida ante el funcionario del registro del estado civil[182] y la segunda ante notario público cuya declaración constará en una escritura pública. Sin embargo, respecto a la posibilidad ofrecida por las legislaciones foráneas, de que una de las formas voluntarias de declarar la paternidad sea el acto jurídico testamentario, el legislador cubano hace mutis.

En relación a ello, la autora de la presente investigación coincide con PÉREZ GALLARDO para quien, a pesar de reconocer que las normas reguladoras del testamento en el Código Civil no mencionan en lo absoluto la posibilidad de un reconocimiento filiatorio como contenido del testamento, ello no priva de que pudiera acontecer, pues el contenido de tal acto no puede quedar reducido al dispositivo patrimonial del testador.[183]

El Código Civil cubano en su Libro IV dedicado al Derecho de Sucesiones, al regular el testamento, no refiere la posibilidad de un reconocimiento filiatorio como contenido de este acto. Por su parte la legislación en materia de reconocimiento tampoco reglamenta el reconocimiento voluntario mediante el acto testamentario. De este modo se evidencia la parquedad que ha caracterizado al Derecho cubano en relación a esta importante institución que es el reconocimiento filiatorio. Ello no priva de que tal posibilidad pudiera acontecer, amparado en la concepción amplia del contenido del acto testamentario.

Un fiel exponente de esta postura en la doctrina civilista cubana ha sido el destacado profesor PÉREZ GALLARDO, quien comenta: "(…) al ser el testamento el reservorio de las más disímiles manifestaciones de voluntad nada priva que en él pueda estar contenidas declaraciones de voluntad que no sean típicamente testamentarias como

---

2º En la partida de matrimonio de los padres.
3º En testamento o cualquier otro acto público o auténtico otorgado al efecto, en cualquier tiempo.
Art. 254: *Il riconoscimento del figlio naturale è fatto nell'atto di nascita, oppure con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello statocivile o davanti al giudice tutelare o in un atto pubblico o in un testamento (587), qualunque sia la forma di questo.*

[182]Ley 51/85 Ley del Registro del Estado Civil, La Habana, Ministerio de Justicia. 2006.

[183] *Vid*. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Luces y… cit.,* p.20.

el reconocimiento de un hijo que en nuestro caso, ni tan siquiera se prevé en normas jurídicas distintas al Código de Familia".[184]

Otra cuestión, no menos interesante, sería el hecho de determinar en qué tipo de testamento pudiera incluirse el acto de reconocimiento filiatorio como disposición atípica testamentaria. En este caso, el Código Civil de España – precedente legislativo del vigente Código Civil cubano – que sí ofrece tal posibilidad, no hace alusión explícita a la forma de testamento en el que se pudiera albergar dicho acto.

Disímiles resultan las polémicas existentes al respecto, emanadas de la interpretación de su articulado. Se destacan dos corrientes contrarias entre sí: una que aboga por la validez de cualquier forma testamentaria para la admisión del reconocimiento[185] y la otra, más estricta, que manifiesta que debe ser solamente en testamento notarial[186], atendiendo esta última al carácter público de dicho documento.

Al ser el testamento un negocio jurídico por causa de muerte, el recubrimiento de las formalidades *ad solemnitatem* que este lleva implícito, se haría extensivo al acto de reconocimiento de filiación que se contuviera en una de las cláusulas testamentarias o que simplemente pudiera ser el único contenido de ese testamento.

El hecho de que el reconocimiento se realice a través de documento privado, específicamente en testamento ológrafo, puede acarrear algunas ventajas e inconvenientes. Muestra de estos últimos serían: la dificultad de corroborar la capacidad del sujeto recognoscente - también testador- , en el momento de la realización del acto; en este mismo orden se desconocería si su voluntad estuvo viciada; el documento podría estar sujeto a desaparición o falsificación y sobre todo los riesgos que corre de no poder surtir plenos efectos en el tráfico jurídico por el incumplimiento de alguno de los requisitos esenciales para su validez en la adveración judicial. Como ventajas se evidencia, principalmente, el carácter secreto

[184] *Cfr*. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Luces y… cit.,* p. 20.
[185]Es la posición asumida por: DE LA CÁMARA, M., "Comentario a los artículos 120 a 126" en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2000, p. 431; Rivero Hernández, F., "Comentario al artículo 120", en Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 464.
[186] *Cfr*. DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GUILLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV – *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 7ma edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 266.

de su otorgamiento y contenido, que es lo que persigue esencialmente el testador al reconocer su paternidad mediante este acto de última voluntad, además de su comodidad respecto a la elaboración.

Controversial resulta el supuesto de que el testador manifieste el reconocimiento en testamento ológrafo, cumpliendo todos los requisitos exigidos para que surta plenos efectos jurídicos, sin incluir en él alguna disposición patrimonial (típica) que indique que se está en presencia de un acto esencialmente testamentario. Ante esta situación habría que valorar e interpretar exhaustivamente la voluntad manifiesta en el documento, en un sentido amplio y velar porque el otorgante al redactar su última voluntad lo haya hecho en el sentido de que se entienda que su intención haya sido reconocer al hijo con efectos *post mortem*, lo cual es posible a través del testamento. Entonces se puede admitir, luego de la debida adveración e inscripción del testamento ológrafo en el Registro de Actos de última voluntad y Declaratorias de herederos, que se ha efectuado un reconocimiento testamentario de hijo.

El hecho de que, en principio, el reconocimiento de hijos pueda efectuarse en cualquier forma testamentaria, no significa que en todos los casos dicho acto adquiere plena eficacia ejecutoria y probatoria en el ámbito jurídico. Ello se debe a las ventajas que revisten los testamentos públicos sobre los testamentos privados.

El reconocimiento realizado en testamento notarial posee un régimen particular debido a la intervención en él del notario público, figura que le impregna al documento y al acto que lo integra, toda la eficacia y garantía del instrumento público. El asesoramiento técnico que recibe el testador por parte del notario respecto al alcance y contenido de las cláusulas que este manifiesta, garantiza su virtualidad. En cambio, el testamento ológrafo al redactarse en documento privado, por el propio testador sin la intervención de un profesional del Derecho, conocedor de las normas imperativas para la validez de la última voluntad, deviene en detrimento de la eficacia de la disposición contenida en él, de no contemplarse los requisitos esenciales exigidos por la norma.

Otro elemento que resultaría polémico, es la admisión de los testamentos especiales como reservorios de la cláusula atípica. Los testamentos especiales le brindan al

testador la posibilidad de expresar su última voluntad para que surta efectos jurídicos después de su muerte en las diversas situaciones excepcionales dispuestas por la ley en las que este se encuentre. Estos serían también una forma de la que se puede valer el testador para dar a conocer a sus sobrevivientes cuestiones relativas a su voluntad de orden familiar como las que se vienen tratando en la investigación. En este caso habría que velar por el término de caducidad[187] al que son sometidos estos testamentos y su alcance o no a las disposiciones atípicas familiares contenidas en ellos.

En el ordenamiento jurídico cubano se admite la caducidad testamentaria solamente para el caso de los testamentos especiales en los que el testador no fallezca durante las circunstancias excepcionales que lo llevaron a su otorgamiento y transcurra un plazo de treinta días desde que este tiene la posibilidad de testar en forma común.[188] Atendiendo a ello, es inadmisible que surtan efectos jurídicos las disposiciones atípicas contenidas en él, pues el testador tuvo la oportunidad de reiterar su última voluntad en la forma testamentaria común exigida por la ley, con sus respectivos requisitos solemnes y no lo hizo.[189]

4.1.3 Particularidades del sujeto recognoscente y el sujeto reconocido

Al hacer referencia del acto de reconocimiento filiatorio se hace indispensable esbozar algunas particularidades en relación a los sujetos de la relación jurídica filiatoria que se genera, dígase: el sujeto recognoscente y el reconocido. La facultad de reconocer a un hijo como suyo, es de carácter personalísimo de su titular. La regla en derecho es que se requiere plena capacidad de obrar para su ejercicio, es decir haber alcanzado la mayoría de edad y encontrarse en pleno goce de las facultades mentales.

En este sentido, la doctrina científica cubana se ha pronunciado a favor de la posibilidad de que en actos de esta naturaleza (reconocimiento filiatorio) se habilite el

[187] La caducidad como causal de ineficacia testamentaria tiene lugar con posterioridad al otorgamiento del testamento.
[188] *Vid*. Artículo 489 del Código Civil cubano.
[189] En este sentido, RIVAS MARTÍNEZ considera que la caducidad testamentaria impide la determinación de la filiación contenida en el testamento. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral, tomo I*, 3a edición, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 769-770.

ejercicio de la capacidad a los menores que han procreado sin alcanzar la mayoría de edad. Se aboga, pues, por la regulación de una capacidad progresiva que habilite, en el supuesto concreto, a quien ha procreado un hijo a reconocerle, por supuesto en los márgenes de permisibilidad, que fuera aconsejable se asimilara a la edad.[190]

El ordenamiento jurídico cubano debe delinear esta figura atendiendo a que toda persona que tenga la convicción de ser progenitor de otra pueda reconocerlo; bajo el presupuesto de la coherencia existente entre la verdad biológica y el voto de confianza y sobre todo de la responsabilidad de los individuos recognocentes. Lo que se pretende es la amplitud de la capacidad para reconocer.

Polémico resultaría el caso cuando dicho reconocimiento se promueve por medio del negocio jurídico testamentario, acto para el cual debe ostentar el sujeto, la *testamentifactio* activa o capacidad para testar. Supuesto en el cual debe coincidir en la persona, que ejerce su derecho de expresar su última voluntad en este acto solemne que es el testamento y además la facultad de reconocer por medio de este un hijo extramatrimonial, la capacidad para testar y la capacidad para reconocer.

En el Derecho patrio no existen divergencias al respecto porque aunque el legislador en el Código Civil no sistematiza reglas especiales respecto a la capacidad necesaria para el otorgamiento de testamento; sí recoge en su articulado la capacidad de las personas físicas para la realización de los actos jurídicos, aplicables estas normas a cualquier actor, independientemente de su naturaleza.[191] De manera que, se exige para el otorgamiento de testamento, cualquiera que sea su clase, que la persona ostente suficiente salud mental, la edad de 18 años o que haya formalizado matrimonio; todo lo cual se traduce en la aptitud legal requerida para la validez de dicho acto.[192]

En aras de facilitar el estado de la filiación, se procura que la facultad de reconocer y con ello determinar la paternidad, se extienda, en principio, respecto de cualquier persona sin ninguna distinción, salvo algunas limitaciones estructurales de la propia

[190] *Cfr.* PÉREZ GALLARDO, L.B., *Luces y… cit.,* p.20.
[191] *Vid*. PÉREZ GALLARDO, L.B., *Derecho de Sucesiones, tomo I,* Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.p. 226.
[192] Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio. (Anotado y concordado), a cargo DE PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

legislación y de la institución jurídica. Se pretende, de este modo, ampliar la posibilidad de ser reconocido.

De manera general, para ser reconocido no se requiere ninguna condición específica más que la de ser hijo biológico. El ordenamiento jurídico cubano no ofrece sistematicidad sobre el sujeto pasivo del reconocimiento. Así, el sujeto reconocido será todo aquel que haya sido persona dígase hijos ya fallecidos, - pues con ello pueden resultar favorecidos los descendientes suyos- el que actualmente sea persona, ya sea menor o mayor de edad o simplemente el *nasciturus.*

Atendiendo a este último, se ha debatido doctrinalmente el fundamento de realizar un acto (dígase el reconocimiento de hijo) que llevan por finalidad la producción de consecuencias jurídicas, respecto de quien no tiene existencia legal, aunque sí ostenta vida. La respuesta a ello se encuentra en la legislación civil que le reserva ciertos derechos a razón de que nazca vivo.

El reconocimiento de la filiación de un hijo concebido, únicamente puede estar contenido en testamento –con independencia de que sea común o especial- o en otro documento público.[193] Por razones obvias esta manifestación de voluntad no puede ser vertida en el asiento registral del nacimiento, pues este aún no ha acontecido.[194] En el sentido apuntado, y ante el silencio que sobre el particular ofrecen como respuesta en el ordenamiento jurídico cubano el Código Civil, la Ley del Registro del Estado Civil y su Reglamento, nada obsta para admitir como concreción directa del principio protector de los intereses del concebido, consagrado en el artículo 25 del Código Civil, que este pueda ser reconocido por quien se considere verdadero padre biológico, en testamento o escritura pública de reconocimiento, autorizada por notario competente.[195]

---

[193] *Cfr*. Código Civil de España.Publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.Artículo 120.1

[194] *Cfr*. artículos 40, 41, 52 de la Ley del Registro del Estado Civil y 84 al 86 de su Reglamento. En los citados preceptos no se alude directamente al reconocimiento de un concebido y no resulta acertado admitir la analogía en este caso en ausencia de una previsión legislativa específica.

[195] Comenta sobre el particular el profesor PÉREZ GALLARDO, L. B., *op. ult cit*., pp. 17-18: "En efecto, el artículo 25 del Código Civil cubano regula la protección jurídica del *nasciturus*, supeditada a la *conditio iuris* del nacimiento, lo cual, a mi juicio, no quiere decir, que durante dicho estadio, cuando aún es un ser humano *in fieri* le esté impedido al padre reconocer por escritura pública notarial o por testamento, su paternidad. Precisamente si al concebido se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables, ese reconocimiento filiatorio, cuya eficacia se supedita al nacimiento con vida del *nasciturus*, es uno de los efectos a los que alude el precepto. Por

La doctrina civilista admite como reservorio del reconocimiento de un hijo –concebido o nacido- el testamento. Empero, para proceder a dicho reconocimiento, el concebido no nacido solo puede ser individualizado por referencia a la individualización de la madre que lo trae en su vientre.[196]

4.1.4 Irrevocabilidad del reconocimiento filiatorio ante la revocabilidad del testamento

La revocabilidad de las disposiciones atípicas ha resultado ser un aspecto controvertido en la doctrina. En su generalidad, los pronunciamientos han girado en torno a la irrevocabilidad de las disposiciones que constituyen un acto jurídico; especialmente en el caso del reconocimiento de hijos fundamentado en su naturaleza de acto jurídico familiar.

La revocación es una manifestación de arrepentimiento por la cual el sujeto retracta la declaración anterior, que ya no resulta conforme a su voluntad. Es evidente que tiene y debe tener como resultado mínimo la ineficacia del negocio y que presupone naturalmente una voluntad contraria a los efectos propios del negocio precedente. Es un acto que tiene lugar por la soberanía de la voluntad individual del sujeto otorgante. Viene a postular un poder de autonomía privada de la que carecen los actos jurídicos en sentido estricto, pues los efectos de estos provienen de la norma y no dependen de la voluntad del sujeto, como sí ocurre en los negocios jurídicos.

El fundamento de la revocabilidad hay que buscarlo en la *ratio* específica del testamento, y ésta no es otra que la de facilitar al testador el medio de ordenar su sucesión para después de su muerte. El testamento es un acto de última voluntad. Esta voluntad, mientras el testador vive, es simplemente eventual, y por ello la ley no

supuesto, el efecto del reconocimiento se supeditará al cumplimiento de la mencionada *conditio iuris* impuesta por el legislador. Aun cuando al momento del nacimiento del hijo, el padre ya haya fallecido, la filiación se habrá determinado a través del reconocimiento voluntario del padre, instrumentado ante notario." Concuerda con el criterio anteriormente expuesto la profesora OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, "El reconocimiento de hijos y la función notarial", conferencia dictada en la VII Jornada Internacional del Notariado cubano, celebrada en La Habana, del 29 al 31 de mayo del 2008 (inédita).

[196] *Cfr*. HUNG GIL, Freddy Andres, *La sucesión mortis causa del concebido no nacido*. Tesis Doctoral, La Habana, 2010, p. 78. Inédita. Autorizado su uso por el citado autor.

protege el contenido testamentario como voluntad actual del testador, sino como mera voluntad cambiante.[197]

Cuando el acto objeto de revocación sea un acto entre vivos, la cuestión puede tener cierta importancia puramente teórica. El reconocimiento de filiación, es un acto jurídico *inter vivos* que no constituye una muestra de soberanía, sino que excede la esfera individual del sujeto recognoscente y que obedece a razones de sentido familiar y social. Es un acto familiar de confesión de paternidad que tiene carácter de instituto familiar, el cual no se pierde aunque se haga en testamento.[198]

Al efectuarse el reconocimiento en acto *mortis causa* se persigue como fin, facilitar que se mantenga en secreto por el propio deseo del testador, no perdiendo con ello su naturaleza familiar y social y conservando de este modo su carácter irrevocable.[199]

El testador puede alterar el contenido del testamento las veces que lo considere necesario, ello porque se considera casi ilimitado el ejercicio de la autonomía de la voluntad por su parte en el supuesto del acto de revocación. Sin embargo, el hecho de que el reconocimiento filiatorio se incluya junto a las disposiciones patrimoniales de un testamento, integrando su contenido atípico, no quiere decir que se ajuste a la esencial revocabilidad de aquel, sino que al ser un mero acto jurídico en sentido estricto continúa siendo irrevocable.[200]

La doctrina civilista ha señalado en relación a la admisión o no de la revocabilidad de las disposiciones atípicas contenidas en un testamento, que se consideran revocables aquellas que constituyen un negocio jurídico, mientras que serán irrevocables por el contrario las que tengan carácter de mero acto jurídico.

---

[197] *Cfr*. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho…I, cit*., p. 734.

[198] Esta tesis ha sido admitida por BELTRÁN DE HEREDIA, quien además considera que, la declaración testamentaria referente al reconocimiento filiatorio, debe ser lisa y llana, sin que tenga eficacia jurídica cualquiera otra declaración del testador que aportara alteraciones o modificaciones al hecho escueto. BELTRÁN DE HEREDIA, J., "Reconocimiento de…, *cit.* pp. 154-202.

[199] *Vid.* RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho…I, cit*., pp. 81-82

[200] Aunque ÁLVAREZ LATA es del criterio de que, en este complejo tema relacionado con la revocación de la disposición atípica, la eventual naturaleza irrevocable del acto puede desviar la esencial revocabilidad testamentaria. *Vid*. ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento.* http://www.buenastareas.com/ensayos/Contenido-De-Las-Disposiciones-Testamentarias/395786.html. Consultado el 7 de noviembre de 2013., p.120.

Concluyendo de este modo que la revocabilidad de la disposición que constituye contenido atípico del testamento, depende de la naturaleza negocial o no que la misma ostente. Es por ello que se hace necesario identificar el atípico en específico para establecer así su revocabilidad o no.[201]

En este sentido al ser el reconocimiento filiatorio un acto de naturaleza familiar y declarativa, por motivos de seguridad jurídica y de orden público se caracteriza por su esencial irrevocabilidad. Las normas reguladoras del Derecho de Familia son de carácter imperativo, por lo que un acto de este tipo no depende solo de la voluntad del sujeto, sino que sus efectos y límites deben estar fijados en la ley, de ahí que la posibilidad de que sea revocado solo podrá encontrarse en una norma y objetivamente no ocurre así.

Mientras la razón de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias es la soberanía de la voluntad individual, la del reconocimiento de la filiación, que no constituye una muestra de soberanía y excede de la esfera individual obedece a razones de sentido familiar y social. Entre vivos no se admite comúnmente su posible revocación. Pues bien, autorizado el reconocimiento en acto *mortis casusa*, simplemente como medio de facilitar el acto y protegerlo con el secreto si el testador lo desea, no pierde su naturaleza familiar y social, ni su carácter irrevocable.[202]

La normativa civil española ha venido a sentar posición legal respecto a la posibilidad o no de revocación del reconocimiento de hijo vía testamentaria. La redacción del artículo 741 del Código Civil no deja lugar a dudas en cuanto a la irrevocabilidad de dicho acto familiar contenido en testamento.[203] Este precepto se limita a salvar la eficacia del reconocimiento filiatorio de las propias consecuencias que le son inherentes al carácter de última voluntad del testamento que lo contiene.

A diferencia de esta postura seguida por el legislador español, en el ordenamiento jurídico civil cubano, dentro las facultades que le son conferidas al testador, adquiere

[201] *Vid*. SANSO, Benito, *Estudios Jurídicos,* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1984, p. 493.
[202] *Vid*. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, tomo V,* 5ta edición, Librería Bosch. Barcelona, España, 1993. p. 255.
[203] Artículo 741: "el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las que contuviese".

gran relevancia jurídica la revocabilidad de las disposiciones testamentarias. La norma es clara al establecer que el testamento puede ser revocado por el testador en cualquier momento posterior a su otorgamiento y hasta el momento de su muerte, siempre que mantenga la capacidad jurídica requerida para la realización de dicho acto.[204]El legislador cubano no prevé en él, la posibilidad de incluir en testamento disposiciones no patrimoniales, por lo tanto, no existe ningún precepto referente a la revocación de dichas disposiciones.

Aunque la mayoría de la doctrina sustenta el criterio sobre el carácter irrevocable del reconocimiento filiatorio contenido en testamento, como consecuencia directa de la irrevocabilidad del mismo más allá de su reservorio, podría ser defendida una postura contraria a partir de la admisión de diversas circunstancias. En primer lugar, el hecho de que el reconocimiento no tenga efectos *ante mortem* y en segundo lugar la posibilidad de que las razones que motivaron el reconocimiento se deshagan ante la comprobación del testador de la imposibilidad de haber procreado. Según esta línea de pensamiento, nada impediría que el testador revoque el testamento y con ello deje sin efecto el reconocimiento contenido en este aunque ha de reconocerse que se trata de un punto álgido, pues el reconocimiento filiatorio no puede estar a merced de los caprichos del testador.

Al asumir, el Código Civil cubano, el sistema de revocación tácita del testamento, - lo cual enuncia en su artículo 479.2 - se entiende que las disposiciones del anterior testamento, ahora revocado, no llegan a desplegar su eficacia, pues con el fallecimiento del testador se va al último testamento otorgado por este, contentivo de su última y deliberada voluntad. De ser una de estas disposiciones el reconocimiento de hijos no se conocería en la práctica jurídica tal disposición. A menos que se siga el criterio de VALDÉS DÍAZ, quien al referirse al tema de la revocación, consideró que, "para lograr que efectivamente se cumpla con la voluntad del testador, deberían subsistir ambos testamentos en todo aquello que resulten compatibles."[205]

[204] Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, artículo 479. 1.
[205] *Cfr*. VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., "Ineficacia testamentaria", en *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 157.

En este sentido, lo que se pretende es que una de las modificaciones de la legislación civil cubana, esté encaminada a determinar el alcance de la revocabilidad testamentaria en lo que respecta a las disposiciones atípicas incluidas en este acto de última voluntad. De esta forma se garantizaría la efectividad plena de estas disposiciones, sin correr el riesgo de incurrir en interpretaciones ambiguas realizadas por los operadores del Derecho y lo más importante resultaría una forma efectiva de propiciar la satisfacción de la última voluntad del testador.

4.1.5 Virtualidad del reconocimiento testamentario de hijos

El testamento, como se ha dicho, se caracteriza por la especial aptitud para conservar la declaración en él contenida y llevarla solamente al exterior después de la muerte del testador. Por consiguiente cualquier acto que se revista de la forma testamentaria, no despliega efectos frente a terceros en vida de su autor.

El doble estadio de relevancia jurídica y de perfección del acto jurídico testamentario, se explica fácilmente, teniendo en cuenta que la declaración de última voluntad que en él se manifiesta, no se hace precisamente para el presente sino para el tiempo de la muerte, y se dirige a los *supérstites*, justificándose, por ello, que respecto a terceros se encuentre como *in itinere*, hasta la muerte y por tanto, sea irrelevante en cuanto a su valor negocial.

Sin embargo, en el caso del reconocimiento de hijo otorgado en testamento la doctrina no ha sido unánime respecto al momento a partir del cual se entiende que dicho acto comience a surtir efectos jurídicos. Algunos autores opinan que el reconocimiento se debe regir por la eficacia *post mortem* de las disposiciones testamentarias, considerando absurdo que una cláusula contenida en dicho acto pudiera tener efectos jurídicos antes de la muerte del testador y otros señalan por el contrario que surte efectos inmediatos.

Partidarios de la tesis que argumenta la eficacia *post mortem* del reconocimiento de hijos como disposición testamentaria atípica, se encuentran: MARTÍNEZ-CALCERRADA, CALDERÓN, GIAMPICCOLO y ÁLVAREZ LATA, por sólo mencionar algunos. Para el primero “la eficacia del reconocimiento de hijos es también *post mortem*, pues

además de su naturaleza familiar, de *lege data*, no hay base para inferir siempre unos efectos inmediatos".[206]

Siguiendo esta postura CALDERÓN opina que "el reconocimiento por testamento no produce efecto alguno en vida del padre, ni éste lo puede invocar para ejercer derechos sobre el hijo, ni el hijo puede alegarlo para dirigirse contra aquél".[207]

Desde la doctrina italiana se destaca GIAMPICCOLO, quien ha sido fiel exponente del tema relacionado con el contenido atípico del testamento y al referirse a la eficacia de la disposición que se viene estudiando, hace una reflexión sobre lo regulado en el Código Civil italiano. De manera que señala que el artículo 256.1 refiere textualmente que el reconocimiento contenido en testamento tiene solamente efectos con la muerte del testador, apuntando el autor que ello se ha establecido en relación a la naturaleza del acto testamentario.[208]

El sistema italiano resulta muy técnico en cuanto a este particular, pues se opone a la hipótesis de admitir efectos anticipados al reconocimiento testamentario, el cual sólo valdrá si muere el testador. Comparte este criterio ÁLVAREZ LATA quien añade que esa eficacia *post mortem*, puede desplegar efectos retroactivos.[209]

Lo cierto es que en el caso del reconocimiento testamentario de hijo el legislador italiano dispone el efecto *post mortem* en consideración a las particularidades de dicho acto contenido en testamento constituyendo así, una de sus disposiciones atípicas y es esta la razón por la cual no puede obrar sino a la muerte del padre recognoscente. De manera general, las declaraciones de carácter no negocial contenidas en testamento pueden configurar solamente efectos *post mortem*.

Posición contraria a la que se ha venido defendiendo por los anteriores autores, es la de considerar los efectos inmediatos de dicho acto, sin necesidad de esperar a la muerte del testador. Una vez efectuado el otorgamiento del testamento, en el que se dispone de la declaración de filiación por parte del testador, se entiende que ésta

---

[206]*Cfr*. CALCERRADA, "El testamento y su pretendida patrimonialidad. (Su empleo en la técnica del reconocimiento de hijos naturales.)" en *Revista de Derecho Privado*, 1966, p. 473.
[207]*Cfr*. CALDERÓN, "Reconocimiento de hijos naturales por testamento", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1905, pp. 299-301.
[208]*Vid*. GIAMPICCOLO, G., *Il contenuto... cit.,* p. 227.
[209]*Vid*. ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Algunas… cit.,* p. 119.

cláusula surte efectos inmediatamente, sin tener que esperar al momento del fallecimiento del testador.[210]

CICU, ha sido uno de los defensores de esta tesis manifestando que, "el reconocimiento de hijo natural mediante testamento no puede tener efecto suspensivo después de la muerte, porque este es un acto que no cabe sujetar a condición o a término de lo cual se deduce que no podrá ser acto de última voluntad".[211]

Apoyando este criterio, MONTIEL BACA amplía su explicación al considerar al reconocimiento testamentario de hijos como un acto jurídico distinto al testamento, en el que a pesar de que el testador tenga la intención de que tal declaración surta efectos después de su muerte; no sería atinado a derecho porque los efectos de los actos jurídicos familiares no pueden estar sujetos a plazo, condiciones ni modalidades de los demás actos jurídicos de derecho privado, en virtud de que en aquellos, es la ley la que determina sus efectos jurídicos y no la autonomía de la voluntad de su otorgante.[212]

Significativo resulta el criterio de RIVAS MARTÍNEZ en la doctrina española quien considera que los efectos de los testamentos no pueden ser iguales en el tiempo, pues ello dependerá de la forma que adopten, de ahí que para el caso del testamento ológrafo y los especiales que están sujetos a la adveración y posterior protocolización para surtir plenos efectos jurídicos y dado que ello ocurrirá después de fallecido el testador entonces la eficacia del reconocimiento deberá ser *post mortem.* Sin embargo para el caso de que esté contenido en un testamento notarial abierto, surtirá efectos inmediatos.[213]

Concederle efectos inmediatos al reconocimiento testamentario de hijos es una contradicción. El hecho de que este acto sea irrevocable - amén de su disposición en testamento - no quiere decir que produzca efectos *inter vivos*, pues al estar el reconocimiento contenido en testamento - teniendo en cuenta que el testamento es

[210] *Cfr*. BELTRÁN DE HEREDIA, J., "Reconocimiento de…, *cit*. pp. 154-202.
[211] *Cfr*. CICU, *La filiación*. Traducción de Giménez Arnau y Santa Cruz Teijeiro. Madrid. 1930, p. 211.
[212] *Cfr*. MONTIEL BACA, M. A., *Reconocimiento de hijos…, cit.,* p. 39.
[213] *Cfr*. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho…I, cit*., pp. 767-769.

un acto *mortis causa* y por ende su eficacia se traslada al momento en que se produce la muerte del testador y que además se caracteriza por ser esencialmente revocable -, de ser eficaz esa declaración de paternidad con anterioridad al óbito del testador, entonces perdería su calificativo de reconocimiento testamentario. Por demás, el hecho de efectuar el reconocimiento utilizando para ello la forma testamentaria se debe a la intención del testador, a su vez sujeto recognoscente, de que se conozca su declaración de paternidad una vez ocurrido su deceso.[214]

Otro aspecto a tener en cuenta desde el punto de vista eminentemente práctico que marca la dificultad de reconocer virtualidad al reconocimiento filiatorio contenido en testamento antes de que ocurra la muerte del testador es, precisamente la dificultad que deberá sortear la persona con interés en el reconocimiento para obtener copias del testamento notarial en vida del testador.[215]

Se ha comentado, con anterioridad, la admisión por el ordenamiento jurídico español del reconocimiento testamentario de hijos, incluso que este acto familiar puede configurarse como único contenido del testamento. De manera que al efectuarse dicho reconocimiento en testamento, el notario que lo autoriza, expide testimonio al Registro Civil para su debida anotación marginal. Por otra parte es válido resaltar que al amparo de la legislación registral española, el reconocimiento vía testamentaria sólo será inscribible una vez acreditada la defunción del testador.

Por el contrario, actualmente en Cuba el reconocimiento de hijos a través del acto jurídico testamentario surte efectos limitados y no constituye un título legítimo de filiación. El hecho de que la normativa civil no positivase las disposiciones de naturaleza familiar y personal como contenido testamentario, no quiere decir que se prohíba tal posibilidad. Sin embargo, al incluirse esta cláusula recognoscitiva de filiación, en acto de última voluntad, sus efectos se reducen a ser un medio de

[214] En países como España se refrenda legalmente que el reconocimiento testamentario sólo es inscribible si se acredita la defunción, sin distinguir, a este respecto, entre las distintas formas testamentarias. ÁLVAREZ LATA, N., *Algunas… cit*., p.119.

[215] El artículo 131 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales regula que: En vida del testador, sólo éste o su representante para ello, podrán obtener copias de su testamento, que en todo caso serán literales.
Fallecido el testador, además de los herederos instituidos o sus representantes, tendrán derecho a obtener copias los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se les reconozca algún derecho o facultad, previa acreditación, en su caso, de alguna de las condiciones anteriormente señaladas.

prueba a aportar en un proceso judicial de filiación. El artículo 294 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico dictamina la fe que tendrán los documentos públicos como prueba frente a terceros, en el supuesto concreto surtirá toda la eficacia concedida por la ley de tratarse de un testamento notarial. Lo que se persigue es alcanzar una transformación de lo que ha sido hasta el momento el reconocimiento testamentario de hijos en el Derecho Civil patrio. Se propone como alternativa que se le considere como un título legítimo de filiación, con el mismo valor que se le confiere legalmente a la declaración emitida por el sujeto recognoscente ante el Registrador del Estado Civil.[216]

El reconocimiento testamentario de hijo puede ser una forma de reconocimiento de filiación directamente inscribible en el asiento de nacimiento del hijo, siempre que se "consienta" por el hijo mayor de edad, o por el representante legal de los menores de edad, dígase el tutor o el otro progenitor, que al tener este último dicha representación es porque ha sido quien ya lo ha reconocido, pero además previa audiencia fiscal, quien debe velar por la verdad material del dato biológico de la procreación.[217]

4.2 Tutela. Alcance de su admisibilidad en el acto jurídico testamentario

La posibilidad de designar en testamento al tutor para el hijo menor o bien para una persona mayor de edad declarada judicialmente incapaz es una de las esferas consideradas mayoritariamente como una de las disposiciones atípicas del testamento en el ámbito familiar.[218] Se trata de lo que la doctrina civilista desde el Derecho antiguo ha denominado tutela testamentaria,[219] entendida como la posibilidad que el ordenamiento jurídico brinda a la persona para, mediante la forma testamentaria, nombrar –o más bien designar- a la persona que según su parecer debe corresponderle el nombramiento de tutor de los menores o incapacitados

[216] La última versión del anteproyecto del Código de Familia cubano propone el testamento como una de las formas de hacer valer el reconocimiento de hijos, y refiere que para su inscripción debe contarse con el consentimiento de los hijos o del representante legal, si fuera menor de edad.
[217] *Cfr*. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Luces y… cit.,* p.21.
[218] *Cfr*. GIAMPICCOLO, G., *Il contenuto…., cit*., p. 10. ÁLVAREZ LATA, N., *Algunas…., cit.* pp. 120-122. PÉREZ GALLARDO, L. B., *Derecho de Sucesiones I, cit*., p. 235.
[219] La tutela deferida por acto de última voluntad fue en el antiguo Derecho romano una prerrogativa de la patria potestad. Hoy ha perdido ese carácter y sólo se funda en el interés y afecto que hay que presumir en ciertas personas hacia los menores e incapacitados. *Cfr*. CASTÁN TOBEÑAS J.*, Derecho Civil… IV, cit.,* p. 83.

sujetos a su representación legal.[220] En todo caso la virtualidad de esta designación dependerá de la muerte del testador, acontecimiento que justifica el nombramiento de un nuevo tutor.

Aunque la designación está dirigida fundamentalmente hacia el nombramiento de tutor para los menores o incapacitados judicialmente[221] estas disposiciones atípicas pueden también comprender la designación de curador[222] o protutor[223], en las legislaciones que acogen estas figuras. De igual forma, nada obsta para que la designación pueda ser hecha no solo en caso de personas mayores de edad judicialmente incapacitadas sino, también, en previsión de la futura incapacitación de estas personas.[224]

Son numerosas las interrogantes que pueden presentarse a raíz de la admisión de la tutela testamentaria. Así, puede plantearse como primer interrogante su naturaleza, vinculante o no para el tribunal, de cara al futuro nombramiento de tutor del menor o incapacitado. Otras cuestiones pueden suscitarse en el particular abordado en cuanto a la posibilidad de configurar *ex* testamento ciertos mecanismos de control de la tutela, la forma en que se ha resolver la posible divergencia en las designaciones de ambos padres en sus respectivos testamentos y la posibilidad de que la posterior revocación del testamento alcance a la designación de tutor contenida en este.

En cuanto al carácter vinculante de la designación tutelar contenida en testamento frente a la decisión judicial que, a la postre, constituya la tutela, el ordenamiento jurídico español apuesta por sujetar al juzgador al dictado paterno, *ex* artículo 224 del

---

[220] Muestra de ello es el siguiente fragmento de un testamento notarial otorgado por notario del Ilustre Colegio de Madrid, que en su cuarta cláusula la testadora manifiesta: "Para el caso de que su nombramiento sea preciso designa como tutor de sus hijos a (…). Hace constar que su hijo nació en (…) el día (…) estando inscrito su nacimiento en el Registro Civil de (…) al tomo (…) página (…). Advierto a la testadora, yo el Notario, de que el nombramiento de tutor será comunicado al Registro Civil correspondiente".

[221] *Cfr*. Artículo 223 del Código Civil español según el cual: "Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados." De igual forma, el artículo 348 del Codice Civile italiano preceptúa: " *Il giudice tutelare nomina tutore la persona designata dal genitore che ha esercitato per ultimo la potestà dei genitori. La designazione può essere fatta per testamento (587-2), per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (2699; 2703)."*

[222] *Cfr*. Artículo 223 del Código Civil español: "Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores." En relación con el artículo 234 de ese propio cuerpo legal.

[223] *Cfr*. Artículo 348 del Codice Civile italiano según el cual: "*Sono applicabili al protutore le disposizioni stabilite per il tutore in questa sezione."*

[224] *Vid*. ÁLVAREZ LATA, N., *Algunas cuestiones…, cit.* pp. 120-121.

Código Civil,[225] aunque tal designación para que llegue a resultar vinculante presupone que el padre-testador no haya sido privado del ejercicio de la patria potestad.[226]En todo caso, en este ordenamiento el tribunal no se encontrará vinculado si apreciara, en sentido contrario, que la designación no tiende hacia el interés del menor o incapacitado y deberá fundamentar su decisión. De este modo se alude al carácter subsidiario de la decisión judicial la cual deberá sopesar primeramente la eventual designación paterna contenida en testamento o en otro documento público.

La normativa civil española, junto a la posibilidad de que sea designado por el padre o madre en testamento el tutor de los menores o incapacitados sujetos a su representación legal admite que estos establezcan órganos de fiscalización de la tutela, así como que ordenen cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados (artículo 223 del Código Civil). De esta forma se dota de contenido tal designación de modo que no sea una simple elección de la persona que resulte más apta para desempeñar esta función sino que se llegue a desplegar de acuerdo a ciertos parámetros congruentes con el interés de los tutelados.

Salvo los casos de testamentos mancomunados –en las legislaciones que admiten la figura- la designación de tutor de ambos padres o representantes legales, así como las disposiciones sobre las personas o bienes de los sometidos a representación legal y, eventualmente, los órganos de control y fiscalización de la tutela, pueden diferir e incluso contraponerse en el dictado de los distintos actos de última voluntad. Esta posible discordancia es resuelta en la norma sustantiva civil española a través de la aplicación de lo dispuesto por ambos padres en cuanto sea compatible y, de no serlo, resolverá el juez atendiendo al interés del representado.[227]

[225] "Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada."
[226] *Cfr*. Artículo 226 del Código Civil español: "Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad."
[227] Artículo 225 del Código Civil español: "Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado."

La tutela testamentaria es una de las disposiciones atípicas no reconocidas expresamente en el ordenamiento jurídico cubano. Una lectura *ad pedem litterae* del régimen de constitución de la tutela en Cuba (artículos 137 – 144, ambos inclusive del Código de Familia) dejan poco espacio para la admisión de la tutela testamentaria ante el evidente protagonismo del tribunal. Sin embargo, aunque no pueda sostenerse el carácter vinculante de la designación de tutor contenida en testamento nada obsta para que esta sea tenida en cuenta por el tribunal como un importante punto de referencia para la constitución de la tutela.[228]

Otros aspectos como los relativos a las posibles discordancias en cuanto a la designación contenida en las disposiciones de última voluntad de ambos padres y la eventual configuración de órganos de control de la institución tutelar, quedan completamente al arbitrio del juzgador en espera de una futura modificación legislativa que guíe certeramente la decisión judicial en situaciones como las apuntadas con anterioridad.

4.2.1 Revocabilidad de la tutela testamentaria

A diferencia de otros actos jurídicos de naturaleza familiar que se consideran subsistentes a pesar de que el testamento que los contiene ha devenido ineficaz por su posterior revocación, nada obsta para admitir que la tutela testamentaria sea alcanzada por la revocación ulterior del testamento. En este sentido, se entiende que la revocación del testamento incide también en la designación de tutor contenida en este, dejándola sin efecto. La propia naturaleza de la designación –revocable en sí misma si estuviera contenida en otro documento público- parece reforzar la tesis anteriormente defendida.

En el Derecho nacional, puede seguirse puntualmente el criterio esbozado con anterioridad. De este modo, salvo el caso en que el testador manifieste de forma expresa que subsiste tal designación contenida en testamento, se entiende revocada junto con aquel. En ese segundo supuesto, a pesar de haber sido revocado en parte el testamento que contiene la designación de tutor, respecto a tal designación la

[228] La última versión del anteproyecto del Código de Familia cubano incluye la tutela testamentaria cumpliendo ciertos requisitos dentro de los que señala: que el tribunal verifique que la persona señalada reúna los requisitos necesarios para ser tutor.

misma debería ser tomada en cuenta por el tribunal a la hora de constituir la tutela de los menores o incapaces aunque no tenga, como se ha expresado, carácter vinculante.

4.3 Disposiciones sobre la utilización del material genético del testador

Otra de las esferas que impacta de manera positiva el ámbito familiar y que se inserta dentro de las posibles disposiciones atípicas del testamento guarda estrecha relación con el consentimiento del testador para que sean utilizadas tras su muerte sus células germinales con el propósito de obtener descendencia, en completo desafío a las leyes de la naturaleza. Las peculiaridades del consentimiento para la utilización de gametos después de la muerte del emisor de tal manifestación de voluntad hacen que, aunque pueda estar incluido en testamento como contenido atípico de este, deban realizarse algunas precisiones. Se trata, como acertadamente acota PÉREZ GALLARDO, de un acto *inter vivos*, con efectos *post mortem.*[229]

La fecundación *post mortem*, si se hace abstracción de los criterios enconados que sostienen su pertinencia y de aquellos que la refutan, tiene como uno de sus requisitos incuestionables el consentimiento para la utilización del material genético con miras a la procreación.[230] Consentimiento que, de acuerdo a la normativa jurídica en particular que ordene la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida con efectos *post mortem*, debe reunir determinados requisitos y expresarse mediante un soporte documental preestablecido. En cuanto a sus requisitos se considera, con PÉREZ GALLARDO, que el mismo debe ser manifestación de "una voluntad consciente, informada, destinada a asumir tal paternidad."[231]

En cuanto al soporte documental que puede contener el consentimiento de una persona para la utilización de sus gametos la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España, admite, junto al documento

[229] *Vid*. PÉREZ GALLARDO, L.B., Inseminación artificial y transferencia de preembriones *post mortem:* procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (Algunas glosas al artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, número 4, 2007. Disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/artículo/código=2533035. Consultado el 23 de marzo de 2014.
[230] La fecundación *post mortem* ha sido admitida por España por la Ley 35/1988, hoy abrogada y por la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
[231] *Ídem*.

privado, por documento de instrucciones previas y la escritura pública, la forma testamentaria como reservorio del mismo.

La admisión de disposiciones sobre la futura utilización de material genético contenida en testamento presenta como posibles interrogantes a resolver, el de la capacidad del emisor –concomitante o no con la *testamentifactio activa* - así como la posible revocación de disposiciones tras la revocación del testamento que las contiene.

En cuanto a la capacidad para disponer del material genético con efectos *post mortem*, en ausencia de una disposición legal concreta, lo más indicado debe resultar admitir la validez de la disposición realizada por un sujeto que goza de la plena capacidad. En este sentido, si la *testamentifactio activa* fuera reconocida a una edad inferior a aquella en que se adquiere la plena capacidad[232] debe entenderse que solo un sujeto plenamente capaz podrá disponer válidamente en testamento la utilización de sus gametos para después de su muerte.[233]

En relación con el efecto que sobre la disposición del material genético contenida en testamento tiene la revocación del mismo, debe afirmarse que esta forma de ineficacia testamentaria alcanza dicha disposición a menos que el testador haya dispuesto lo contrario. La naturaleza esencialmente revocable de la disposición estudiada reafirma la idea anteriormente expuesta, pues se compagina con la propia revocación del acto testamentario.

5. Conclusiones

La marcada patrimonialización que preside tanto el diseño doctrinal como la regulación normativa del acto jurídico testamentario signa su comprensión como vehículo de trasmisión eminentemente patrimonial y deja solo algunas aristas admitidas como integrantes del denominado contenido atípico del testamento. Una lectura minuciosa del artículo 476 del Código Civil cubano reafirma esta tesis, a partir

[232] Artículo 663 del Código Civil español.

[233] Comenta al respecto PÉREZ GALLARDO a propósito de la realidad española: "tratándose de la *testamentifactio* activa, será suficiente el haber arribado a los 14 años de edad, conforme con el artículo 663.1º del Código Civil, empero en sede de disponibilidad *post mortem* de las células germinales masculinas necesariamente tendrá que cumplimentar los 18 años de edad." *Cfr*. PÉREZ GALLARDO, L.B., Inseminación artificial y transferencia…., *cit*., p. 14.

de la cual puede admitirse la existencia de disposiciones testamentarias atípicas con sustento normativo en el Derecho cubano así como otras de posible admisión en el entorno jurídico patrio.

En la esfera familiar las disposiciones comúnmente admitidas como contenido atípico del testamento se refieren al reconocimiento de hijos, la designación de tutor para los menores o incapacitados judicialmente y las disposiciones sobre la utilización del material genético del testador. Entre los problemas más acuciantes a resolver en esta sede se encuentran su validez y eficacia dentro de la forma testamentaria y de cara a los caracteres intrínsecos del acto de última voluntad, así como que alcance a las mismas la eventual revocación del testamento.

El ordenamiento jurídico cubano al regular la institución del reconocimiento de hijos, solamente prevé dos formas de hacerlo eficaz: una es a través de la declaración ofrecida ante el funcionario del Registro del Estado Civil y la segunda ante notario público cuya declaración constará en una escritura pública. Sin embargo, respecto a la posibilidad de que una de las formas voluntarias de declarar la paternidad sea el acto jurídico testamentario, el legislador cubano hace mutis. No obstante, debe admitirse la forma testamentaria como posible reservorio de tan importante manifestación de voluntad la cual no debe verse afectada por la eventual revocación posterior del testamento.

La admisión de la tutela testamentaria plantea como interrogantes su naturaleza, vinculante o no para el tribunal, la posibilidad de configurar mecanismos de control de la tutela, la forma en que se ha resolver la posible divergencia en las designaciones de ambos padres en sus respectivos testamentos y la posibilidad de que la revocación del testamento alcance a la designación de tutor contenida en este. Una lectura literal del régimen de constitución de la tutela en Cuba deja poco espacio para la admisión de la tutela testamentaria ante el evidente protagonismo del tribunal. Sin embargo, nada obsta para que esta sea tenida en cuenta por el juzgador como un importante punto de referencia para la constitución de la tutela.

La admisión de disposiciones sobre la futura utilización de material genético contenida en testamento presenta como posibles interrogantes a resolver, el de la

capacidad del emisor –concomitante o no con la *testamentifactio* activa - así como la posible revocación de disposiciones tras la revocación del testamento que las contiene. La ausencia de una especial previsión legislativa del particular señala la necesidad de una oportuna reglamentación de tal extremo en el Derecho cubano.

La eficaz regulación jurídica del contenido atípico del testamento en la esfera familiar en el Derecho cubano debe tener en cuenta los siguientes presupuestos teóricos:

- La configuración teórica y normativa del acto jurídico testamentario a partir de la admisión de disposiciones que comprenden el contenido atípico del testamento.
- La clase de testamento en se pudieran incluir las disposiciones familiares, considerando los requisitos esenciales del acto testamentario.
- La validez y eficacia de cada disposición en particular, específicamente de los actos de familia como disposiciones atípicas testamentarias.
- La posibilidad de que la eventual revocación del testamento pueda alcanzar a las disposiciones atípicas de carácter familiar contenidas en él.

La mediación en la solución de los conflictos familiares

EVA DEL CARMEN QUINTANA DOMÍNGUEZ*

Introducción

Vista la familia como una entidad conflictiva, como organismo de poder-dominación se ha desarrollado a través de la historia de la humanidad hasta la actualidad como una estructura jerarquizada de roles y posiciones donde a pesar de las transformaciones político, sociales y culturales, el hombre mantiene el rol económico y la mujer de cuidadora, con diferencias de generación jerarquizada y de género.

Toda familia vive un ciclo vital cuyo desarrollo depende de 3 procesos fundamentales: 1): los de formación, que tienen que ver con la constitución de una relación de pareja estable para la convivencia 2) los de ampliación, que se inician con el embarazo de la mujer y continua con la reproducción y crianza de los hijos, y 3) los de disolución, asociados a la separación, divorcio, mortalidad y migración. Todos son importantes, de ahí que para el desarrollo normal de todo el ciclo sea necesario lograr parámetros de calidad de vida de sus miembros que se ajusten a cada momento del funcionamiento de la familia.

La familia es sin dudas el eslabón principal del sistema de relaciones sociales, y la relación conyugal, al ser la creadora de la familia, juega un importantísimo rol social. En cualquier sociedad, la trascendencia del matrimonio deviene de su papel fundacional de la familia y por las funciones que este cumple de cara a la reproducción de una cultura. Razones por las que los conflictos matrimoniales, la ruptura o quiebre de la vida en común, es interés del Estado, el cual debe en todo momento velar y crear los mecanismos necesarios para el fortalecimiento y la protección de la familia cubana.

La función de la sociedad y el Estado frente a los conflictos matrimoniales debe dotarse de mecanismos que permitan al matrimonio solucionar los escollos a los que puedan enfrentarse, este mecanismo es la Mediación o negociación asistida, cuyo objetivo es ayudar a las partes en la obtención de la comprensión de los intereses e

inquietudes que subyacen en la situación de conflicto, y que afectan su vida y la de otros.

La mediación está concebida para llegar a resultados que generen más satisfacción y mayores niveles de complacencia que las decisiones que se obtienen por fallos, así como mejorar la capacidad para resolver disputas futuras sin intervenciones externas. Constituye un proceso de autofortalecimiento que enfatiza la autodeterminación y la interconexión.

El libro "Mediación. Una alternativa para la solución de conflictos" del Dr. Armando Castanedo Abay, al referirse al procedimiento judicial, nos advierte que éste, no es pacífico, sino violento; que no soluciona, en realidad, los conflictos sino que los agrava; que las resoluciones dictadas por esta vía no se cumplen y que resulta extremadamente costoso, atendiendo a su escasa efectividad… no parece una opción entre varias, sino el camino forzoso para quien pretende ejercitar ciertas o supuestas prerrogativas en contra de un tercero obligado…La parte demandada tampoco interviene voluntariamente en el procedimiento". Para finalizar diciendo: "El procedimiento judicial es, pues, un método violento que no resuelve el fondo de la controversia y que, en muchas ocasiones, la agrava. Puede servir para solucionar ciertos asuntos o como fórmula no querida pero necesaria, cuando las partes en conflicto se nieguen a solucionarlo voluntariamente, pero antes deben intentarse otras vías, verdaderamente pacíficas y conciliadoras de la voluntad de las partes"[234].

No resulta ya novedoso escuchar en la actualidad como se utilizan en distintos países del mundo métodos alternativos para resolver conflictos de diversa índole y en especial en sede familiar.

A diario en el ejercicio de nuestra profesión, representamos a personas que acuden ante los Tribunales en la búsqueda de solución a sus conflictos, ya sea, interpersonales, intergrupales y en cualquiera de las materias. En muchos de los casos, aun cuando se llegue al descubrimiento de la ¨verdad¨ no siempre se soluciona el problema y las partes, luego de pasar por una costosa, larga y

[234] Vid. CASTANEDO ABAY, Armando, Mediación. Una alternativa para la solución de conflictos, Colegio Nacional de Ciencias jurídicas y Sociales, Sonora, México, 2001, Prólogo.

agotadora contienda de alegaciones, pruebas, etcétera; terminan insatisfechas con el resultado obtenido, tornándose la relación mucho más tirante que cuando sometieron el conflicto a la decisión de un juez, máxime cuando se trata de conflictos de familia.

Sin embargo no hay consenso en la doctrina en admitir la mediación como vía de solución conflictos de familia, fuera de sede judicial, tal es el caso de la de Dra. Miriam Velazco Mugarra, quien opina que, "el mediador podrá recurrir a conceptos jurídicos o meta jurídicos pero no suple al Juez o Tribunal, ni en su caso al árbitro, con lo cual no se hace dejación de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental de los ciudadanos en cualquier sociedad" [235]

En nuestra opinión la mediación es un método idóneo para la solución de conflictos de índole familiar, que debe implementarse antes de la sumisión del conflicto ante los Tribunales o independiente por completo de este. En el ejercicio diario de nuestra profesión, como abogados pertenecientes a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, muchas veces, sin proponérnoslo hemos jugado el rol de mediadores, al tratar de buscar un entendimiento entre las partes que lleve a la obtención de una solución satisfactoria para todos, pero a pesar de estudios profundos sobre el tema, a pesar de los esfuerzos de la Federación de Mujeres Cubanas en brindar cursos de capacitación y a pesar de ser muchos los que creemos en la Mediación como un método idóneo para resolver conflictos familiares, no se ha llevado aún a nuestras normas jurídicas .

"El que una sociedad cree y utilice adecuadamente la mediación, como alternativa a la resolución de sus conflictos, con sus características de privacidad, rapidez, equilibrio interpartes, satisfacción de expectativas de todas las partes del conflicto y el restablecimiento de la comunicación entre ellas, posibilita indefectiblemente que esta cuente con un mecanismo efectivo de autorregulación, que pueda defenderse de acciones u omisiones que la dañen, sin necesidad de utilizar métodos coactivos y que asegure de manera objetiva un saludable desarrollo social".[236]

[235] VELAZCO MUGARRA, Miriam P, La Guarda y Cuidado de los Menores Sujetos a Patria Potestad, Ediciones ONBC, La Habana, 2008, pág. 127.
[236] Castanedo Abay, Armando, Mediación para la gestión y solución de conflictos (Manual Teórico - Práctico), Ediciones ONBC, La Habana, 2009, pág 10.

En el ejercicio personal de la Abogacía, en cada proceso judicial de Familia donde se ventilan cuestiones en relación al matrimonio o asuntos que de una u otra manera le conciernen, se aprecian errados caminos utilizados para solucionar los conflictos y la dinámica nociva de interacción de la pareja. Aspectos estos que no son resueltos mediante el proceso judicial de divorcio, puesto que con el mismo no se subsana o se ayuda a los cónyuges a superar un rompimiento o una crisis matrimonial, todo lo contrario, el proceso de divorcio pretende que, mediante una decisión judicial, se declare la extinción del vínculo jurídico y se libere a los cónyuges, sin razonamientos sobre las causas del conflicto, ni compromiso con el reestablecimiento de la comunicación entre las partes.

Es por esto que el matrimonio al ser una de las instituciones familiares en nuestro país, se vería beneficiada con la institucionalización de la Mediación Familiar, pues nada tiene que ver el proceso judicial de divorcio con la posible solución de conflictos matrimoniales, siendo un reto para los profesionales del derecho su superación y preparación encaminadas a cumplir con esta función para dirigir a las familias cubanas a soluciones pacíficas, mutuamente aceptadas y logrando su cumplimiento sin necesidad de la intervención judicial.

Con el método de la Mediación un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable; se facilita la comunicación entre los contrarios, con lo que los contendientes pueden evitar el sometimiento a un largo proceso judicial, pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial. Significa que éstos asumen la responsabilidad de su conflicto.

En nuestro país en el campo del Derecho de Familia existen algunos antecedentes de estudios específicos sobre Mediación**,** consideramos el más importante el trabajo del Dr. CASTANEDO ABAY, compilado en su libro “Mediación. Una alternativa para la solución de conflictos” y su Manual Teórico Práctico, los que representan una de las primeras aproximaciones en Cuba a esa temática, aportando ideas muy valiosas que pueden servir de guía al tratamiento que debe darse a esta alternativa en nuestro país.

La Máster en Ciencias GONZÁLEZ FERRER en su Tesina "La Mediación Familiar en la Comunidad", nos da un acercamiento a la necesidad de implementar esta institución jurídica y la forma de llevarla a cabo mediante la formación de mediadores en las Casas de Orientación de la Mujer y la Familia. También hemos conocido acerca de los esfuerzos realizados por el Centro Félix Varela y el Centro Nacional de Capacitación de la Mujer "Fe del Valle" de la Federación de Mujeres Cubanas por institucionalizar este tipo de método para la solución de problemas de familia.

En nuestro país en la esfera legislativa, en torno al tema, ya se han visto resultados fructíferos con la introducción de métodos alternativos de resolución de conflictos en sede judicial al incorporar dentro del procedimiento familiar la conciliación realizada por el Juez, al amparo de la "Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular "[237],y con posterioridad con aplicación de la Instrucción 216 de fecha 17 de mayo del 2012 en materia de familia y la Instrucción 217 de 17 de junio del 2012 en materia ordinaria , sumaria y de incidentes cuyos principios básicos se repiten, lo que ha arrojado que gran cantidad de conflictos se resuelven con la conciliación judicial, cuestiones que apuntan a la necesidad de la implementación de la mediación en sede de conflictos familiares y otras materias para extraer de los Tribunales los asuntos que sean mediables.

Por otra parte existen personas que acuden a los Bufetes Colectivos y a la Fiscalía en búsqueda de orientación y auxilio para resolver un conflicto familiar y una vez indicada la vía establecida (judicial), se niegan a acudir a ella en tanto consideran que la contraparte está carente de orientación legal o simplemente no desean comparecer a un Tribunal, alegando cuestiones de diversas índoles, desde el plano moral, económico o no considerar el hecho de tal trascendencia, pero sobre todo por razones de privacidad.

[237] En la instrucción PRIMERA de la Instrucción 187/2007 de fecha 20 de diciembre de 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, , se establece que: "En los procesos vinculados al Derecho de Familia, en especial cuando se traten cuestiones vinculadas con menores, los Tribunales convocarán a los interesados a una comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la Ley Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico "principio que se reproduce en la Instrucción 216 de

Todo lo anterior demuestra que "La mediación familiar facilita la comunicación entre los miembros de la familia en conflicto. Genera mejores alternativas de solución. Evita el rompimiento familiar. Rompe el círculo vicioso de atacarse y defenderse. Resuelve las verdaderas causas del antagonismo. Llega a acuerdos reales. Concilia. Transige. Evita litigios. Escucha a los menores y realiza un esfuerzo multidisciplinario para obtener los mejores resultados"[238]. Ventajas que de todos son conocidas.

Desarrollo

La palabra mediación fue sinónimo de *intercessio*, que en Derecho Romano se caracterizó por los diferentes significados que se le dieron a la misma….En realidad, se consideraba como veto especial de las instituciones colegiadas de la antigua Roma"[239]. Pero "gramaticalmente, mediación, deriva del latín *mediatio*, *mediationis*, que significa acción y efecto de mediar; por ello el mediador, media; interviene para resolver algún conflicto, haciéndolo como parte neutral para proponer una solución"[240].

Para el Dr. GÜITRÓN FUENTEVILLA "La mediación familiar, busca formular un proyecto de solución, someterlo a las partes involucradas; es decir, recomendar que se ponga fin al conflicto y sobre todo, evitar la acción de ir a juicio en Tribunales. La mediación familiar, es la institución esperada por la familia, para que con asesorías adecuadas, con expertos en Derecho, en Psicología, en Psiquiatría, en Medicina, en terapias sociales, se puedan resolver los problemas por más graves que sean, antes de llegar a los Tribunales"[241].

La Dra. VELAZCO MUGARRA, nos resume los diferentes conceptos y definiciones de la mediación familiar que han ofrecido diversos autores, atendiendo a uno u otro criterio en este sencillo párrafo: "unos asocian la mediación familiar a la idea de la resolución de conflictos, conocido como modelo de mediación directa o modelo centrado en la satisfacción de intereses, que es la concepción tradicional lineal; otros,

238 GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, "La mediación y el consejo de familia", en Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, libro homenaje a la profesora Doctora Olga Mesa, coordinado por los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo Pérez Gallardo, 1ra edición. Santa Fé, Editorial Rubinzal y Culzoni, México, 2006, págs. 251 y 252.
239 GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián op. cit., pág.252.
240 Idem.
241 Ibídem, págs. 253 y 254.

responden a un modelo distinto de mediación, centrado en la comunicación, que se conoce como mediación transformadora, basada en la comunicación humana y el aspecto racional; y por último, los que se adscriben a un modelo intermedio, denominado modelo circular narrativo, que es una vía en la que las finalidades principales de la mediación familiar es transformar la relación entre las partes implicadas en el conflicto, sin olvidar como fines intermedios del proceso: a) cambiar el significado de las historias de las partes, y b) lograr un acuerdo"[242].

Haciendo un estudio doctrinal de la figura de la mediación familiar, encontramos diferentes conceptos de la misma, que han sido emitidos por diversos autores[243] a lo largo de su corta existencia, pero a pesar de ellos, hacer una definición de mediación familiar resulta un tanto difícil, por la diversidad de matices dependiendo de cada autor, por lo que preferimos adherirnos al concepto de mediación en general del Dr. CASTANEDO ABAY cuando refiere que "la mediación es definida de manera más sencilla como un entendimiento facilitado" [244], siendo éste de perfecta aplicación para la mediación familiar, pues consideramos que la misma es un método alterno de solución de conflictos familiares donde las partes inmersas en la disputa acuden voluntariamente ante un facilitador neutral e imparcial que los ayude a manejar y a resolver, por sí mismas, su conflicto.

Es menester que analicemos además el concepto de lo que la doctrina ha dado en llamar co-mediación, que no es más que la mediación llevada o dirigida por dos facilitadores. Para esta investigación es importante analizar dicho concepto pues el

[242] VELAZCO MUGARRA, Miriam, *op. cit*., págs. 124, 125.

[243] Así encontramos que "FOLBER Y MILNE (1988) definen la mediación como un proceso temporalmente limitado que aumenta la comunicación, maximiza la exploración de alternativas, atiende las necesidades de todos los participantes busca un acuerdo percibido por las partes como neutro y proveé un modelo para futuras resoluciones de conflictos. La mediación ayuda a educar a las partes en la percepción de las necesidades del otro y provee una resolución personalizada de la disputa… por su parte TAYLOR (1988) habla de un proceso de resolución y manejo de conflictos dirigido a realinear intenciones, métodos o conductas. mientras que la resolución de conflictos crea un estado de uniformidad o convergencia de propósitos o medios, el manejo de conflictos simplemente desagudiza o nivela la divergencia…encontramos además que RIPOLL- MILLET (1998) ofrece una definición factorial de mediación familiar. Se trata de una intervención en un conflicto o negociación de dos partes, a partir de la demanda de las dos, de un mediador, tercera parte; que debe ser un profesional neutral, cualificado, imparcial, sin poder decisorio, aceptado por ambas partes y que posea la capacidad y la ubicación necesarias para garantizar la confidencialidad". Al respecto *Vid.* comentarios en: BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, Tesis Doctoral "Estudio descriptivo del síndrome de alienación parental en proceso de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de mediación familiar", Barcelona, 2000, págs.51, 52 y 53.

[244] CASTANEDO ABAY, Armando, *op. cit*., pág.17.

abogado en su empeño de ayudar a las partes a resolver su conflicto pudiera verse limitado en el desempeño de sus fines, en cuestiones de orden psicológico ajenas a su formación profesional y se hace necesario que comparta su función con un psicólogo o psicopedagogo, para complementar sus conocimientos y ofrecer una mejor ayuda a los mediados.

Existen autores[245] que plantean la utilización de un equipo multidisciplinario para realizar los servicios de mediación, entendiendo la realizada por este equipo como co-mediación.

En nuestra opinión no siempre es necesario un equipo multidisciplinario para realizar la mediación, cuando el mediador actuante se ha formado de manera interdisciplinaria, siendo juicioso en algunos casos, que así lo requieran, la intervención de otro mediador con una profesión determinada para, entre los dos, facilitar el entendimiento de las partes, por lo que analizados los conceptos antes expuestos somos del criterio que debido a la interdisciplinariedad que caracteriza al Derecho de Familia y por ende la profesionalidad con que deben ser tratados los conflictos familiares, en ocasiones no basta con un profesional para ejercer la mediación en sede familiar, pues los conflictos sometidos a la consideración del mediador pudieran estar permeados de matices psicológicos, que el jurista no pueda descifrar , estimando que en determinados asuntos, además del abogado, pudiera resultar necesaria la intervención de profesionales de otras especialidades vinculados con el tema que participen de conjunto en el proceso para así poder obtener los mejores resultados.

Por otra parte consideramos deben ser analizadas las ventajas que reportan los procesos de mediación, frente a los métodos tradicionales de solución de conflictos, al respecto ha referido la colombiana ARIAS LONDOÑO: “El solo hecho de no estar obligado a acudir a un tribunal para resolver un conflicto de la naturaleza que sea,

[245] *C.fr*. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián *op. cit.*, pág. 255, quien sostiene la tesis de que la mediación familiar sea realizada por el Consejo de Familia. “Este Consejo que prestará asesoría en conflictos familiares, se integra por cinco profesionales de las siguientes especialidades: Una licenciada o licenciado en Derecho, quien será la Presidenta o Presidente del Consejo; una psicóloga o psicólogo, con dos años de ejercicio en su especialidad, contados a partir del día siguiente de su examen profesional, quien fungirá como Secretaria o Secretario del Consejo; una trabajadora o trabajador social; una pedagoga o pedagogo y una médica o médico general”.

libera a los contendientes de una cuota de estrés que desde entonces reporta ganancias"[246], de esta manera se han concentrado las fundamentales ventajas en que:

- Modifica la manera tradicional de solucionar conflictos familiares, dotándolos de total privacidad.
- Supera el esquema: Ganador-Perdedor.
- Permite acuerdos satisfactorios, con posibilidades de un total cumplimiento, pues son los implicados los que arriban a sus propios acuerdos.
- Reevalúa la expresión "más vale un mal arreglo que un buen pleito". Los Métodos Alternos de Resolución de Conflictos nunca plantean la posibilidad de hacer malos y rápidos acuerdos canjeables por un largo proceso judicial, sino acuerdos positivos, ágiles y mutuamente satisfactorios.
- Convertir al Estado y a la Sociedad en alterutrales que quiere decir, estar con unos y con otros (no neutrales, que es no estar con unos ni con otros) para ayudarlos en la búsqueda y aplicación de la justicia.
- Desarrolla procesos mentales que apunten (a mediano y largo plazo) a la aprehensión e interiorización de formas pacíficas de resolución de conflictos.
- Fortalecer la autoestima, la formalidad, la solidaridad, el reconocimiento del otro y el sentido de pertenencia de la ciudadanía[247].
- La medición como método alterno de solución de conflictos familiares resulta mucho más económico que los procesos formales[248].
- Recuperar el diálogo como su principal instrumento[249], toda vez que en la mayoría de los conflictos familiares encontramos problemas con la comunicación entre las partes o carencia de esta.

[246] ARIAS LONDOÑO, Melba, "La conciliación en Derecho de Familia". Revista Legislación, Colombia, 2002, pág. 12.
[247] GONZÁLEZ FERRER, Yamila, op. cit., pág.17.
[248] GRANELA DE LA VEGA, Ailyn, Yaismara Martínez Sifontes y María Esther García Pérez, "La mediación como alternativa resolutoria de conflictos familiares. Una propuesta concreta", en Boletín ONBC, No.32, Ediciones ONBC, julio-diciembre, 2008, pág.44.

- Disminuye la radicación de asuntos en los Tribunales, dejando esta vía para aquellos asuntos que así lo ameriten y que no sea posible su resolución fuera de sede judicial.

Como puede observarse, estos constituyen los beneficios más apreciados que por los estudiosos del tema reportan los procesos de mediación, ya que los mediados, al someterse a este tipo de procesos, lo hacen de forma voluntaria, pudiendo terminarlo en cualquier momento si así lo consideran y por tanto los acuerdos a que arriben serán perfectamente cumplibles. Ventajas que no están presentes cuando una de las partes se somete a la resolución de un conflicto familiar ante un Tribunal, al que ha sido sometida involuntariamente, cuando es demandada por la contraparte en el conflicto.

No obstante existen también sus desventajas segun analizan otros especialistas ha así por ejemplo ha referido la MsC. GONZÁLEZ FERRER, "que están relacionadas con la falta de profesionalidad y capacitación de los profesionales que ejercen como mediadores"[250], entre ellas señala:

- Firmar acuerdos desfavorables para la mujer. Estudios han demostrado que las mujeres logran acuerdos perjudiciales para ellas.
- Pueden llegar a negociarse derechos inalienables.
- Que el mediador(a) no sea realmente neutral.
- Confundir la mediación con la terapia familiar.

Ciertamente resultaría muy desfavorable para los mediados un proceso de mediación sin un mediador debidamente calificado, es por ello que resulta de vital importancia definir cuales profesionales han de ser los encargados de llevar a cabo el rol de mediadores y habilitarlos oportunamente. Este sencillo método de resolución de conflictos resulta complejo por la profesionalidad con que debe ser asumido por parte del mediador. La carencia de mediadores experimentados trae como consecuencia que los acuerdos a que se arriben pueden resultar contrarios a

[249] Idem.
[250] GONZÁLEZ FERRER, Yamila, op.cit., pág.36.

derecho o desfavorables para alguno de los mediados sin que pueda ser percibido por éstos.

No basta con que la familia haya encarado el conflicto desde una perspectiva constructiva, necesita el apoyo de especialistas que le ayuden a encuadrar acuerdos perdurables; es decir, abandonada la idea de la discusión y asumida una actitud voluntaria, ya no se necesita un método adversarial para resolver el conflicto (justicia tradicional existente en Cuba), se requiere enfrentar la problemática desde una concepción no adversarial en cuya base se ubican los métodos alternativos de Justicia y dentro de éstos la mediación, como la fórmula más apropiada para solucionar conflictos familiares.

Con éste método un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable; se facilita la comunicación entre los contrarios, con lo que los contendientes pueden evitar el sometimiento a un largo proceso judicial, pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial. Significa que éstos asumen la responsabilidad de su conflicto.

Algunos conocedores de la materia[251] refieren que la mediación puede ser voluntaria o inducida, resultando la primera cuando las partes deciden sin intromisión institucional llevar su caso ante el mediador y lograr la resolución de la disputa, y la segunda significa la existencia de mecanismos por los cuales fluyan los conflictos que demandan la intervención jurisdiccional por causes ágiles sencillos y eficientes que garanticen la verdadera esencia de la mediación, sin que tengan que recibir necesariamente el tratamiento jurisdiccional[252], ésta depende de una revisión previa del conflicto por el mediador o por el Tribunal que está conociendo del conflicto y considera que es mediable y lo remite al mediador. Para nosotros la mediación se intenta antes y fuera del proceso.

Resulta necesario cuando se media, que las partes en conflicto sean ellas y por ellas mismas las que vayan avanzando en sus negociaciones hasta el acuerdo final, el mediador es solo el facilitador de las negociaciones. En cuanto el mediador

[251] Con este criterio CASTANEDO ABAY, Armando, Mediación para la gestión y solución de conflictos (Manual teórico práctico), Ediciones ONBC, La Habana, 2009, págs. 154 y 155.
[252] Idem, pág. 155.

comience a hacerse menos necesario, esto indicará que el acuerdo final es posible y está cerca el momento en que las partes lleguen a un punto donde no necesitan del intermediario para llegar al entendimiento.

En nuestro país han sido sensibles los logros obtenidos en esta materia inicialmente con la aplicación en nuestra práctica judicial de la Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007, del Consejo de Gobierno de Tribunal Supremo Popular y posteriormente con la aplicación de la Instrucción 216 también de Consejo de Gobierno de Tribunal Supremo Popular

A pesar de que nuestro Código de Familia regula deberes y derechos recíprocos de los cónyuges[253], entre los que se encuentra la coparticipación de ambos esposos en las tareas domésticas, la educación, formación y guía de los hijos y el gobierno del hogar; fomentando de esta manera la igualdad entre los cónyuges; la realidad cubana está marcada por una rutina cotidiana familiar, donde a la mujer no solo le corresponde el cuidado de los hijos, sino también de la pareja y del resto de los miembros de la familia, lo que en muchos casos conduce a desarmonía conyugal terminando en la separación o divorcio.

De manera que la divorcialidad manifiesta un sostenido incremento en las últimas décadas, siendo preocupante el hecho de que muchos conflictos matrimoniales "se resuelven" a través del único mecanismo jurídico existente en nuestro país: el divorcio, que a nuestro entender no subsana o ayuda a los cónyuges a superar una crisis matrimonial, todo lo contrario, el divorcio es un proceso que pretende, mediante una decisión judicial, extinguir el vínculo entre los cónyuges, proceso que generalmente se caracteriza por ser adversarial y litigioso[254], donde las partes se "comunican" en un sistema de ataque y defensa a través de representantes legales, que trae como consecuencia una profundización del conflicto, o sea un duelo entre partes en un proceso donde se tutelan intereses de la familia, y en la mayoría de los casos también intereses de los menores, apreciándose las relaciones que existen entre los padres y las madres con sus hijos e hijas menores, desde la perspectiva de

[253] Cfr. Artículos 24 al 28 del Código de Familia.

[254] Incluso en el divorcio notarial o de mutuo acuerdo consideramos que muchas veces las partes lo realizan cuando existe la posibilidad de salvaguardar el matrimonio si existiese un espacio con ayuda de un tercero donde se pudiese restaurar la comunicación perdida.

relaciones desiguales de poder generadas entre hombres y mujeres en la sociedad y en la familia a partir de la disolución de los matrimonios ya que las pretensiones de los padres en muchas ocasiones van dirigidas a sus propios intereses ignorando que el niño es un sujeto de derecho y con ello distorsionando la función noble de la institución de la patria potestad y de su ejercicio a través de la guarda y cuidado; subyace en estos casos un absoluto desconocimiento de la responsabilidad paternal, el uso equilibrado, sabio, digno y tolerante del ejercicio compartido de estas prerrogativas por el dueto parental; evidenciándose que los conflictos en torno a las familias cubanas, que se ven inmersas en estos procesos son en su mayoría de género, dados por la división sexista de los roles, las condiciones de vida de las familias, construcción desigual en relación al sexo, desiguales posiciones en la división social del trabajo, las rupturas conyugales, el replanteamiento de nuevos matrimonios, la incidencia de los abuelos en ambas familias y la cultura de cuidado (de la mujer) a la infancia y a toda la familia en la familia monoparental , entre otros.

Siendo necesario, a nuestro juicio, crear un espacio para facilitar la comunicación entre la pareja, puesto que gran parte de los conflictos se deben a frecuencias, formas y motivos de discusiones, que muestran errados estilos de comunicación y nocivos caminos utilizados para solucionar los conflictos. Por lo que creemos conveniente la inclusión de la Mediación Familiar en nuestro ordenamiento, con el objetivo de preservar y fortalecer los vínculos familiares, y aún cuando se llegue a una ruptura del vínculo matrimonial que esta se realice por la vía pacífica sin daño al resto de la familia.

Desde nuestra percepción, la mediación proporciona a las partes del conflicto herramientas para eliminar los temores, las incomprensiones y la animosidad provocada, trascendiendo el conflicto al plano de la colaboración y logrando la estabilidad en la relación. Ello permitirá a los mediados la capacitación suficiente para tomar la decisión correcta sobre cómo solucionar su conflicto, siendo este no un problema a eliminar a través del cambio en el comportamiento de las partes, sino es una oportunidad de aclarar sus propias necesidades e intereses, los elementos que les provocan insatisfacción y otros que les aportan satisfacción.

Por lo antes expuesto podemos concluir que resulto muy beneficiosa la aplicación de la Instrucción 187 así como la aplicación de la Instrucción 216 ambas del Consejo de Gobierno de Tribunal Supremo Popular las que sin realizar un cambio legislativo importante, validan aspectos novedosos dentro del ordenamiento procesal en vigor sobre todo en lo que respecta a la celebración de la comparecencia al amparo del artículo 42 de la LPCALE, debido a la función conciliadora que en ella realiza el juez. De manera que en la realidad cubana actual son muchos más los litigios en que se llega a un acuerdo, que aquellos en los que después de la comparecencia permanece la contienda, siendo muy favorable la utilización de la conciliación realizada por el juez, lográndose con ella acuerdos que en la mayoría de los casos son cumplidos por las partes de forma voluntaria.

Resultando la práctica judicial en materia de familia una oportunidad para demostrar la factibilidad de un procedimiento especial de familia, dentro del cual se visualice la posibilidad de implementar la mediación familiar, como el proceso idóneo donde las propias partes inmersas en el conflicto, resuelven sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial (el mediador). Se garantizaría así que la familia cuente con una alternativa para resolver sus disputas, de forma rápida y eficaz, sin necesidad de llegar al Tribunal si el asunto no lo amerita, reservando este escenario para aquellos conflictos que no sean mediables.

Esta alternativa de resolución de conflictos familiares brinda un tratamiento adecuado para el mantenimiento de la familia como célula fundamental de nuestra sociedad. Por estas razones, consideramos necesario la preparación de los profesionales del derecho en su función mediadora ante los conflictos familiares de importancia en la sociedad cubana actual.

Por lo anteriormente expuesto somos del criterio que el abogado desempeña un rol trascendental dentro del proceso de mediación, puede servir tanto como mediador, como representante de alguno de los mediados. Desligándose de su posición defensiva y litigadora, puede ayudar con su participación en el proceso a que los mediados lleguen a acuerdos satisfactorios para ellos y por ende para la sociedad,

siempre teniendo presente que si actúa como mediador no podrá hacerlo también como representante de uno de los mediados.

De las investigaciones realizadas en trabajos de investigación anterior que analizan el tema se pudo conocer que los jueces y operadores del derecho coinciden en señalar que el empleo de la mediación familiar debe ser realizada por abogados de la ONBC previo al proceso judicial, de manera que de llegar a acuerdos en la mediación, solo recurrirían al Tribunal para hacer constar esos acuerdos en una resolución judicial y de esta manera cobren mayor fuerza vinculante al constar esta organización con los profesionales idóneos para asumir este rol quedando en manos de los Tribunales la solución de los conflictos que no fueran mediables.

La norma no determina, qué profesiones han de ser reconocidos para llevar a cabo la mediación, aunque sí establece el área donde han de venir desarrollándolas; estableciéndose los principios esenciales que presidirán la actuación del mediador, haciendo referencia expresa a la imparcialidad, a la neutralidad así como a la obligación de procurar el equilibrio de las partes.

No obstante esta posibilidad puede encontrar sus detractores teniendo en cuenta que la mediación podría constituir una amenaza a sus ingresos. Si hay más conflictos que se resuelven por mediación, los abogados varían en ella una disminución en la demanda de los servicios que prestan. Por lo que una de las debilidades que se pudieran presentar una vez implementada la mediación en sede familiar, es que requerido el servicio de un abogado para resolver un conflicto de índole familiar, éste estimule al proceso judicial, a los fines aumentar su remuneración al contratar el asunto puesto a su consideración

Conclusiones:

1- La mediación familiar es un método alterno de resolución de conflictos familiares que debe ser implementado en las modificaciones que se pretenden realizar al procedimiento familiar en Cuba.

2 Si cada persona acudiera a este método, habría menos carga procesal y por consiguiente más agilidad en resolver los casos que se presenten, no tan sólo con

eficiencia, sino también con eficacia, al obtener mejores resultados, aportando de por sí para el bien común.

3 La mediación familiar es un proceso sencillo en cuanto su finalidad de buscar una solución a conflictos de esta naturaleza, pero complejo en cuanto al entrenamiento, profesionalidad y a la responsable actuación del mediador, por lo que en sede familiar debe ser ejercitada por los abogados, como expertos en este tipo de conflictos, resultando necesario formarlos en la interdisciplinariedad, hasta lograr una verdadera profesionalización de los mismos como mediadores familiares.

4 En determinados procesos debido a la interdisciplinariedad que caracteriza al Derecho de Familia, para ejercer la mediación en sede familiar, además del abogado, pudiera resultar necesaria la intervención de un psicólogo o psicopedagogo que participen de conjunto en el proceso, haciéndose necesario utilizar la co-mediación

5 Si cada persona acudiera a este método, habría menos carga procesal y por consiguiente más agilidad en resolver los casos que se presenten, no tan sólo con eficiencia, sino también con eficacia, al obtener mejores resultados, aportando de por sí para el bien común.

6 Resulta además necesario la institucionalización de la Mediación Familiar como la posible solución de conflictos matrimoniales, siendo un reto para los profesionales del derecho su superación y preparación encaminadas a cumplir con esta función para dirigir a las familias cubanas a soluciones pacíficas, mutuamente aceptadas y logrando su cumplimiento sin necesidad de la intervención judicial, así como resulta apremiante la inclusión de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico el requiere de una revisión y modificación al efecto de su regulación.

Recomendaciones:

1- Que se implemente a través de las modificaciones de las normas de procedimiento familiar, mediante un capítulo independiente, la Mediación

Familiar, como método alterno de solución de conflictos familiares, sobre la base de:

- Que las personas inmersas en conflictos familiares puedan recurrir a la Mediación Familiar de forma voluntaria, antes y fuera del proceso judicial.
- Que el acuerdo final logrado por los mediados tenga carácter vinculante y sea homologado ante los Tribunales, debido al carácter público del Derecho de Familia.
- Que en dicho capítulo se regule la utilización de la co-mediación en los asuntos que así lo requieran, sobre todo en los asuntos relacionados con menores, o siempre que vayan a ser escuchados éstos.
- Que se regule el papel a jugar por el mediador y que éste sea un abogado habilitado al efecto.

2- Profundizar en el estudio de la institución de la mediación en el ámbito familiar, lo que redundará en el mejoramiento de la enseñanza de pre y post grado, y por tanto de los profesionales que sean habilitados como mediadores familiares.

La violencia contra la mujer. Una mirada desde el Derecho

MARÍA DE LOS ANGELES MARTÍNEZ GONZÁLEZ*

MARÍA ELENA ABREU ARAGÓN**

SELMA MARÍA CASTRO MARTÍNEZ***

Introducción

La violencia es un fenómeno que data de la antigüedad, a pesar del largo camino que ha recorrido la humanidad ha ido en aumento donde las víctimas se ven en ocasiones silenciadas por miedo a su opresor y al escándalo no se dan cuenta de que agravan la situación y en ocasiones por no enfrentarlo y tomar las medidas necesarias se ven arrastradas y caen en un mundo de hipnosis donde justifican a su agresor.

Si se realiza un estudio riguroso en cuanto al tema y se detiene uno a pensar en los cambios que ocurren constantemente en el mundo, no se puede hablar solo de la violencia contra la mujer, cabe señalar que existen diferentes géneros de violencia, ocasionados por la vida.

Una pregunta resultaría interesante después de haber consultado a varios especialistas en el tema ¿Quién no ha cometido violencia?

El ritmo de vida provoca que no se pueda atender a la familia como es debido, no se le dedica el tiempo necesario para consolidarla, o sea perpetuar el primer eslabón de una cadena, la cual si no se unen todos los eslabones y se refuerzan, inculcando a los niños y niñas, los valores fundamentales[255] se pierde todo tipo de esperanza, para que esta funcione tiene que tener las condiciones necesarias como alimentación, acceso a la educación, salud, una economía que cubra las necesidades de sus miembros, etc.

---

[255] Reza un proverbio: Educa al niño y no será necesario castigar al hombre.

*Máster en Ciencias de la Educación Superior. Profesora de la Universidad de Artemisa, Cuba.
** Máster en Ciencias de la Educación Superior. Profesora de la Universidad de Artemisa, Cuba.
***Estudiante de Primer año de la Carrera Derecho, CUM Artemisa.

El estudio sobre el tema ha ido en aumento y varias ramas del saber expresan las causas que desembocan este tipo de comportamiento en los individuos, cuál es el móvil de su actuación. Algunos estudiosos hablan que es una sociedad donde el hombre no quiere perder su esencia machista, otros ven detrás del agresor, un trauma, pero lo que sí es cierto que cobra cada día más víctimas y se deben tomar las medidas para minimizar este mal.

El tema es un fenómeno social que en los momentos actuales se ha convertido con mayor profundidad en material de estudio de varias ramas del saber y es una responsabilidad del Derecho retroalimentarse de cada una para tomar las decisiones correctas en segundo lugar, atenta contra la vida de las mujeres, empeora su calidad de vida, provoca en ocasiones una adicción al abusador que se convierte en enfermizo, le roba a la víctima su personalidad y los daños son irreversibles.

Problema de investigación

La insuficiente protección penal que existe para las mujeres, víctimas de la violencia.

Objetivo General

Realizar una valoración técnico- jurídica sobre la insuficiente protección de las mujeres, víctimas de violencia.

Objetivos Específicos

- Determinar los referentes teóricos relacionados con la violencia contra la mujer.
- Valorar la protección desde la Constitución y el Código Penal a las mujeres víctimas de violencia.

Métodos de Investigación:

Teórico- jurídico: Permitió la conceptualización teórico- operacional de los diferentes aspectos que se exponen en la investigación.

Histórico- Lógico: Permitió revelar cómo el desarrollo de las condiciones histórico-concretas provocan la necesidad de una adecuada protección a la mujer, víctima de la violencia.

Exegético- Analítico: A través del cual analizamos el nivel de eficacia de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia y la correspondencia de estas con la realidad socio-económica existente.

Desarrollo

La violencia. Génesis. Definiciones

La violencia fue asociada desde tiempos muy remotos a la idea de la fuerza física y el poder. Los romanos llamaban vis, vires a esa fuerza, al vigor que permite que la voluntad de uno se imponga sobre la de otro. Vis tempestatis se llama en latín el 'vigor de una tempestad'. En el Código de Justiniano se habla de una 'fuerza mayor, que no se puede resistir' (vis magna cui resisti non potest).

Vis dio lugar al adjetivo violentus que, aplicado a cosas, se puede traducir como 'violento', 'impetuoso', 'furioso', 'incontenible', y cuando se refiere a personas, como 'fuerte', 'violento', 'irascible'. De violentus se derivaron violare --con el sentido de 'agredir con violencia', 'maltratar', 'arruinar', 'dañar'-- y violentia, que significó 'impetuosidad', 'ardor' (del sol), 'rigor' (del invierno), así como 'ferocidad', 'rudeza' y 'saña'.

Cabe agregar que vis, el vocablo latino que dio lugar a esta familia de palabras, proviene de la raíz prehistórica indoeuropea wei-, 'fuerza vital'.

La primera vez que se nombra este fenómeno se hace dentro de otro más amplio, la violencia familiar o intrafamiliar, Walker la denomina el síndrome de la mujer golpeada en la década de los 70.

El Consejo de Europa la ha definido como todo acto sobrevenido en el marco familiar por uno de sus componentes que atente contra la vida, la integridad corporal o psíquica o la libertad de uno u otro componente de la misma familia o que amenace gravemente el desarrollo de su personalidad.

La ONU en la Conferencia sobre Derechos Humanos celebrada en Viena (1993) y en la IV Conferencia Mundial de Beijín (1995) reconoció la violencia contra las mujeres como un fenómeno global que limita las libertades y los derechos humanos de las mujeres y como un obstáculo para el logro de los objetivos de igualdad,

desarrollo y paz. La Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, elaborada el 20 de diciembre de 1993, definió por primera vez este tipo de agresión como un delito específico y que requería la intervención de los poderes públicos.

Esta definición tiene un amplio consenso y ha sido aceptada por los organismos internacionales y señala en su artículo 1: La violencia contra la mujer es todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad tanto si se produce en la vida pública o privada.

La definición emitida por la Asamblea de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer se corresponde con los fines de la investigación, al recoger los elementos medulares, los cuales forman parte de las normas jurídicas establecidas en el país.

Según reportes realizados por Artiles, I. (2004), en Cuba aparecen investigaciones aisladas sobre violencia en los años 90 del siglo XX. En 1994 se sistematizan estudios por la Federación de Mujeres Cubanas (FMC) sobre la violencia intrafamiliar y en 1996 se crea el grupo de trabajo para la prevención de este tipo de violencia, coordinado con la FMC Nacional.

Desde una perspectiva general pueden encontrarse en la literatura especializada diversas definiciones de la violencia. Así, por ejemplo, para Uries, R. (citado por Artiles, I., 1997) sostiene que es la expresión de agresividad manifiesta o encubierta que tiene consecuencias negativas para todo aquel que se ponga en contacto con ella.; la violencia es agresividad destructiva. Corsí, J. (1995) expresa que en sus múltiples manifestaciones, la violencia siempre es una forma de ejercicio del poder mediante el empleo de la fuerza (ya sea física, psicológica, económica, política,…) e implica la existencia de un “arriba” y un “abajo”.

El fenómeno de la violencia de pareja del hombre contra la mujer viene produciéndose a nivel mundial, sin distinguir entre clases sociales, edad, cultura, religión o país (Krug y cols., 2002; García-Moreno y cols., 2005). Ser víctima de

violencia por la pareja implica vivir constantemente bajo la amenaza real o anticipada de ser agredida de nuevo, constituyendo, en la mayoría de los casos, una situación de estrés crónico dada su larga duración a lo largo del tiempo. Dicha situación conlleva unos efectos devastadores para la salud de la mujer, con consecuencias a corto y a largo plazo (revisado por Campbell, 2002; Ferrer y Bosch, 2000; García-Moreno y cols., 2005)

Medidas tomadas por el sistema de Naciones Unidas para brindar protección a la mujer

• La Resolución en 1986 del Consejo Económico y Social que declara que la violencia en la familia es una grave violación de los derechos de la mujer.

• La Declaración en 1991 de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, sobre la necesidad de reunir a un grupo de expertas/os para elaborar un instrumento internacional a fin de enfrentar esta situación.

• La Recomendación en 1992 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, para que los gobiernos eliminen la violencia contra la mujer por tratarse de una forma de discriminación de género

• En 1993 surge la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

• Se aprobó en 1994 la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem Do Pará".

• En 1995, la Asamblea General urgió a los Estados parte a reforzar en las legislaciones nacionales, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar la violencia contra las mujeres, tanto en el ámbito privado como público.

Cuba desde el triunfo revolucionario ha tomado las medidas necesarias en torno a este fenómeno que tantas víctimas ha causado en el mundo, ha reconocido el papel fundamental que juega la mujer y le concede un lugar meritorio en igualdad de condiciones con los hombres.

Diversas son los factores para que se produzca la violencia intrafamiliar, las que se pueden dilucidar en:

- Las normas de convivencias
- El considerarse más importante económicamente
- El alcoholismo,
- Drogadicción
- Familia disfuncional
- El stress
- Incompatibilidad de caracteres
- Varias generaciones conviviendo bajo un mismo techo
- Hacinamiento en el hogar
- El no respetar el espacio de los demás, entre otras

Manifestaciones de violencia psicológica

a) Abuso verbal: Rebajar, insultar, ridiculizar, humillar, utilizar juegos mentales e ironías para confundir, etc.

b) Intimidación: Asustar con miradas, gestos o gritos. Arrojar objetos o destrozar la propiedad.

c) Amenazas: De herir, matar, suicidarse, llevarse a los niños.

d) Abuso económico: Control abusivo de finanzas, recompensas o castigos monetarios, impedirle trabajar aunque sea necesario para el sostén de la familia, etc.

e) Abuso sexual: Imposición del uso de anticonceptivos, presiones para abortar, menosprecio sexual, imposición de relaciones sexuales contra la propia voluntad o contrarias a la naturaleza.

f) Aislamiento: Control abusivo de la vida del otro, mediante vigilancia de sus actos y movimientos, escucha de sus conversaciones, impedimento de cultivar amistades, etc.

g) Desprecio: Tratar al otro como inferior, tomar las decisiones importantes sin consultar al otro.

Relación del tema con la Constitución de la República y Código Penal.

En Cuba a pesar de no contar con una ley específica para proteger a la mujer en la Constitución de la República en el artículo 9, inciso a se expresa: El Estado afianza la ideología y las normas de convivencia y de conductas propias de la sociedad libre de la explotación del hombre por el hombre.

De lo anterior se infiere que la violencia de la que es víctima la mujer está en desacuerdo con los principios de la Revolución donde los que se enarbolan son los de equidad y valores compartidos y se hace necesario enaltecer el espacio que se ha ganado y no potenciar los vicios de tiempos remotos donde el hombre sometía a su pareja.

En el Código Penal en el Capítulo VII Lesiones. Artículo 272.1 se expresa el que cause lesiones corporales o dañe la salud a otro, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años. Se considera lesiones graves las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, o dejen deformidad, incapacidad o cualquiera otra secuela anatómica, fisiológica o síquica

En la Sección Segunda Amenazas. Artículo 284.1.El que amenace a otro con cometer un delito en su perjuicio o de un familiar suyo que por las condiciones y circunstancias en que se profiere sea capaz de infundir serio y fundado temor a la víctima, incurre en una sanción de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

Sección Tercera. Coacción. Artículo 286.1 el que sin razón legítima ejerza violencia sobre otro o lo amenace para compelerlo a que en el instante haga lo que no quiera, sea justo o injusto, o a que tolere que otra persona lo haga o para impedirle hacer lo que la ley no prohíbe es sancionado con privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas.

Se resume que para las mujeres que son violentadas, aparecen desagregado en el Código Penal los delitos de que son víctimas y debe resultar de gran interés, el conocimiento por parte de las afectadas las regulaciones vigentes.

No se debe silenciar este flagelo que recorre el mundo con pasos gigantescos y roba víctimas de un alto valor, deja sin amparo a menores a merced en ocasiones de personas inescrupulosas que apostan al mejor postor.

Conclusiones

- La bibliografía consultada, permitió dilucidar los elementos claves del tema objeto de estudio.
- A pesar de no contar con una ley que respalde a la mujer, la Constitución de la República y el Código Penal dan crédito de que en Cuba la mujer no se encuentra desamparada.
- En caso de ser violentada se debe acudir al grupo de prevención de su municipio, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas.

Recomendaciones

- Profundizar el estudio del tema el cual constituye una amenaza para cualquier país.
- Socializar la investigación a otros niveles de enseñanza para la protección de la mujer desde edades tempranas.

Bibliografía

Amor, P.J., Echeburúa, E., De Corral, P., Zubizarreta, I. y Sarasua, B. (2001). Perfil psicopatológico diferencial en víctimas de maltrato doméstico y en víctimas de agresiones sexuales. Análisis y Modificación de Conducta,27(114), 605-629

Rivero , G.D y Bertot, Y. María C (2013) Código Penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87.Ediciones ONBC Asamblea Nacional del Poder Popular de la República .La Habana

Consejo de Europa (1986)Violencia en la familia. Recomendación. Núm.R(85)4

Constitución de la República de Cuba. Actualizada .Impresa en el Combinado de Periódicos Granma. Enero de 2004.

ONU E/CN.4/1999/68:Integration of de Human Rights of Woman and the Gernen Perspectiva. Violence Againsts Women. Informe del Relator Especial sobre la violencia contra la mujersus causa y consecuencias.

Palermo G.(2005), La violenza intrafamiliare tra diritto e mediazione, La città del sole, Napoli, ISBN: 88-8292-285-5.

Varca y Castellanos (2006)Por un enfoque integral de la violencia familiar. Intervención Psicosocial, vol15 No3. Madrid

Walker.,L(1979)The ballered woman síndrome. Nueva York

.

Sección No. 3

Derecho Penal y Ciencias Criminológicas

Los Delitos Ambientales. Su regulación y protección en nuestro Código Penal

DERMIS CORDERO CONDE*

Introducción

La preocupación y ocupación del Estado Cubano en cuanto a la protección de los recursos naturales está refrendado en el artículo 27 de la Ley de Leyes, cuando erige “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.".

Podemos decir a ciencia cierta, que el Medio Ambiente es el patrimonio común, no sólo de nuestra nación, sino de la humanidad, constituyendo, por lo tanto, la base para el desarrollo sostenible de nuestro país. En este sentido se hizo necesario realizar un proyecto de investigación que abarca un tema que en los momentos actuales es considerado como algo nuevo o novedoso pero que no precisamente por su novedad es que alcanza gran interés, sino que es valorado según el criterio de un número determinado de personas, ya que es una necesidad el estudio de la posible inclusión de un capítulo en el Código Penal que trate única y organizadamente de los “delitos ambientales”, en consonancia con los lineamientos del Partido y con la necesidad de atemperarlas al momento histórico que estamos viviendo, amén de la exigencia y el desvelo que se debe tener para que se respete a cabalidad lo estipulado en La Ley 81 del Medio Ambiente, así como en la gama de legislaciones vigentes que regulan el manejo de los suelos, las aguas, el patrimonio forestal y el medio ambiente en general para su regulación y protección en la legislación Penal vigente.

Se trata, pues, en primer lugar, de conocer, analizar y de ser posible recomendar en el marco de este proyecto de investigación las normas de nuestro ordenamiento jurídico, en especial la jurídico-penal que prevé, prohíbe y sanciona los delito contra

el Medio Ambiente y los Recursos Naturales; y en un segundo lugar, como complemento necesario para una mejor comprensión, el estudio y análisis de su regulación en nuestra Ley Penal Sustantiva, sin dejar de tener presente el papel preponderante de las normas que regulan la aplicación de medidas y sanciones de carácter administrativo, de responsabilidad civil.

Por lo que el delito contra el Medio Ambiente debía refrendarse categóricamente en el Código Penal cubano ya que este permite a la humanidad, y en nuestro caso, a los cubanos: la prevención, protección, conservación, mejoramiento y restauración del medio ambiente, asegurando su uso racional y sostenible. Constituyendo de esta manera una de las garantías de prevención, regulación y control de cualquiera de las causas o actividades que originen el deterioro del medio ambiente y la contaminación de los ecosistemas, sin perjuicio de acciones y sanciones en materia administrativa y civil.

Estructura del trabajo

Este proyecto de investigación está estructurado metodológicamente en dos capítulos. Capítulo 1: Se hace una descripción a partir algunos de los métodos teóricos sobre diferentes aspectos relacionados con la ley número 81 del Medio Ambiente de 11 de julio de 1997. Este capítulo hace una descripción sobre el origen y evolución de la protección desde el punto de vista penal, valiéndose del método de investigación teórico histórico lógico donde se narra cómo fueron sus inicios en nuestro país, se argumenta de manera amplia como fue toda su evolución hasta llegar al período revolucionario, a partir del mismo se hace una valoración de todos los cambios, transformaciones, modificaciones que ha sufrido hasta llegar a nuestros días. Considerando que se hace una narrativa de corte histórica sobre el tema central, en ella se incluyen también auxiliándose del método teórico de análisis bibliográfico toda una trayectoria de documentos normativos que en su momentos fueron creados y posteriormente derogados hasta llegar a la que actualmente rige en esta forma de protección del bien jurídico en cuestión, además el método mencionado conduce al estudio de numerosos criterios que con anterioridad expusieron otros autores los cuales definieron su posición respecto a la necesidad

de proteger el medio ambiente., esto da la posibilidad de crear un criterio más propio del mismo autor, que también tuvo en cuenta el Derecho Ambiental Comparado.

Conjuntamente con los métodos ya explicados y que conservan gran relación se pone de manifiesto el método analítico-sintético, este método le indica al autor la necesidad de estudiar cada una de las partes que intervienen en este tipo de relación jurídica y dominar su función en este medio.

Capítulo 2: Se expone de forma más explícita las causas del porqué se considera que realmente los Delitos ambientales deben estar recogido de manera ordenada en la parte Especial de nuestra Ley Penal Sustantiva y la necesidad de que surjan otras figuras delictivas, que se atemperen al momento histórico y se cumpla con los lineamientos aprobados por el Partido relacionados con la Ciencia la Tecnología y el Medio Ambiente y que alcance la protección desde el punto de vista penal como bien jurídico particular. Se argumenta de numerosas maneras tomando en cuenta que el delito ambiental es un delito social, pues afecta las bases de la existencia social económico, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre – espacio, poniendo de manifiesto el método dialectico -materialista .

La autora sugiere el estudio de la temática en aras de proteger nuestro entorno y todo lo que nos es dado por la naturaleza, pero también desde el punto de vista penal, véase que estamos en un momento histórico tal que los ciudadanos tienen nivel cultural indispensable para entender a groso modo nuestra gama de legislaciones.

También, este proyecto utilizó la encuesta como uno de los métodos empíricos y se obtuvo de forma más real y dinámica la valoración de los propios actores en este fenómeno, sus relatos, sus experiencias sus inconformidades respecto al tema etc. El método de la observación científica se entiende que no se haya tenido que escoger, el mismo estaba implícito en el momento de la realización de la encuesta pues no solo se recoge la muestra verbal sino se puede percibir el lenguaje de su expresión, el ambiente real donde se desempeña, las condiciones a su alrededor.

En cuanto a sus beneficios, estos estarían dirigidos al entorno social y a los ciudadanos, el autor menciona la omisión que existe en la legislación actual, describiendo las consecuencias negativas en que pudieran incidir las mismas, también estamos consciente de que no todos los valores constitucionales necesariamente deben ser protegidos por el Derecho penal y, a la inversa, no todos los bienes que el Derecho penal protege deben estar necesariamente contenidos en las normas constitucionales, pero este tema necesita especial atención.

Por lo expuesto anteriormente se hace necesario realizar esta investigación, quedando planteado el siguiente problema científico:

Problema científico

¿Cómo amparar desde el punto de vista penal lo concerniente a los delitos ambientales?

Objetivo general

Demostrar la necesidad de estudiar la posibilidad de la inclusión en el Título II, de los Delitos Contra la Administración y la Jurisdicción, de un Capítulo que aglutine y sancione Los Delitos Contra el Medio Ambiente, como bien jurídico protegidos e incorporen nuevas conductas punibles al régimen de sanciones que regula el el Código Penal.

Métodos de investigación

Métodos teóricos:

Histórico-lógico: Proporciona la posibilidad de comenzar o partir desde los propios inicios en el estudio de la esencia de un determinado problema a investigar, en este caso resulta la inclusión de los Delitos ambientales como bien jurídico protegido en el Código penal y seguir la trayectoria hasta llegar a los momentos actuales.

Análisis bibliográfico: Este método facilita para que de forma más detallada se realice una valoración e interpretación de informaciones y documentos bibliográficos actuales con respecto al tema analizado, así también como el estudio de criterios de diferentes autores que con anterioridad expusieron sobre el propio asunto, dando así

la posibilidad a que el autor pueda auxiliarse y apoyarse en diferentes puntos de vista y realizar su propia valoración.

Sintético-analítico: El análisis es la operación intelectual que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes

La síntesis es la operación inversa que establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características entre los elementos de la realidad (relación todo-parte).

El análisis se debe producir mediante la síntesis, a su vez la síntesis se produce sobre la base de los resultados previos del análisis.

El análisis se debe producir mediante la síntesis, a su vez la síntesis se produce sobre la base de los resultados previos del análisis.

Métodos empíricos

La encuesta: Consiste en un cuestionario de preguntas que se aplica a escala masiva a sujetos seleccionados para obtener información directa, en forma oral o escrita de determinados aspectos, hechos fenómenos, opiniones sociales, etc. Es unos de los métodos más utilizados por su carácter masivo de la información y recoge gran cantidad y variedad de información, en un tiempo relativamente breve, con cierta facilidad y bajo costo,

La entrevista: Es el método empírico de investigación mediante el cual se obtiene información amplia, abierta y directa de forma oral durante una conversación planificada. La información se considera más confiable, ya que en proceso de comunicación influyen las palabras, los gestos, las posturas, los modos de expresión, etc.

Desarrollo

El tema en cuestión es analizado desde el artículo 1.1 del Código Penal que reafirma entre otros objetivos el de: proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y al régimen estatal.

El ya citado análisis trae consigo la pregunta para saber si efectivamente se hace necesario que el tema de los delitos ambientales debe aparecer como bien jurídico protegido en nuestra Ley Penal Sustantiva.

La autora es del criterio que existiendo este bien jurídico explícitamente determinado en nuestra legislación Penal vigente, que debía denominarse, “De los delitos Contra el Medio Ambiente”, que tendría como característica, entre otras, ser un bien jurídico particular de los delitos contra la administración y la jurisdicción (Título II de la Parte Especial del Código Penal) que son las relaciones creadas con motivo de la actividad administrativa o jurisdiccional de los correspondientes órganos estatales, por cuanto conviene impedir que se frustren los fines del aparato administrativo o judicial del Estado, o que se desvíe u obstaculice su eficaz funcionamiento por determinados hechos individuales. Ese bien jurídico particular puede ser atacado de diversos modos: a través de conductas que afectan en general a cualquier elemento del medio ambiente -flora, fauna, agua, aire-; aquellas otras que suponen una lesión directa a especies protegidas, tanto en la fauna como en la flora; y por último, aquellas que implican una urbanización irregular o una utilización abusiva del suelo que alteren el entorno o paisaje natural. Conductas delictivas que presentan en común un mismo bien jurídico protegido: El medio ambiente natural y sus recursos naturales.

Por otro lado también somos del criterio de que en el Código Penal no se habla en puridad del delito ambiental, sino que hace mención en el Título III a los Delitos Contra la Seguridad Colectiva, Capítulo V Delitos Contra la Salud Pública, Sección Quinta Contaminación de las Aguas y de la Atmósfera, y en el Título V, Delitos Contra la Economía Nacional, capítulo XIV relacionado con la Infracción de las Normas para prevenir y Combatir Enfermedades y Plagas de Animales y Plantas, Capítulo XV de la Contaminación de las Aguas y un Capítulo XVII que recoge las Actividades Ilícitas con respecto a los Recursos Naturales de las Aguas Territoriales y la Zona Económica de la República, véase que la imputación de responsabilidad penal al que delinque no ofrece duda alguna, toda vez que es considerado como tal el obligado directo a la obligación de hacer o no hacer, pero no se reprime el actuar

imprudente, negligente o doloso del funcionario que tenía que controlar, asesorar o sancionar al sujeto transgresor de las normas.

En este caso siempre sería sujeto pasivo de los Delitos Ambientales, el titular del bien protegido, que sería El Estado representado por el Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente, como encargado de proponer la política ambiental y dirigir su ejecución sobre la base de la coordinación y control de la gestión ambiental del país.

Se considera que el tema seleccionado constituye uno de los más sensibles en materia ambiental, y este estudio sólo constituye un pequeño aporte para continuar avanzando en estas investigaciones ya que es una problemática que en estos momentos adquiere trascendental importancia a la luz de los cambios de la política nacional relacionado con el amparo desde el punto de vista penal que requiere el medio ambiente para así dar cumplimiento al lineamiento número 133, que entre otras cosas, también va dirigido a sostener y desarrollar investigaciones integrales para proteger el medio ambiente y adecuar la política ambiental a las nuevas proyecciones del entorno económico y social

Concluimos este acápite ratificando que a nuestro humilde modo de ver el Derecho penal ha de ser la "última ratio" o sea el último recurso al que hay que acudir a falta de otro menos leve, pues si la protección de la sociedad, el ambiente y los recursos naturales puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar estos.

Conclusiones

Las transformaciones de índole político en las que estamos inmersos a partir de la implementación de los lineamientos aprobados en el Congreso del Partido, trayendo consigo, entre otras cosas, el Sistemas de Evaluación Ambiental; hace necesario un análisis de nuestra legislación penal, que si bien es muy rica y actualizada, es dispersa; situación que favorece a los depredadores del medio ambiente y los recursos naturales, razón por lo cual, se hace necesario una compilación en este sentido a fin, no sólo de buscar cierta uniformidad, sino para aunar los esfuerzos, y así lograr la eficiencia y eficacia de dicha legislación, haciendo énfasis en la

necesidad de que se estudie la posibilidad de que exista un Capítulo dentro del Título II, de los Delitos Contra la Administración y la Jurisdicción, que regule los Delitos Ambientales, así como la inclusión de otras figuras delictivas respecto a este tema,

Recomendaciones

A partir de todo lo anteriormente analizado se tenga en cuenta y se estudie la posibilidad de regular en un solo capítulo pero dentro del Título referente a los delitos contra la Administración y Jurisdicción y la inclusión de otras figuras delictivas, lo referentes a los Delitos Ambientales.

Bibliografía

- Renén Quiróz Pírez: Manual De Derecho Penal, Editorial " Felix Varela" La Habana, 1999.
- Ángel González Dalmán: "separata de Derecho Penal Parte general Curso de derecho Modalidad Semiprecencial y Libre", Granma 2001.
- Brañes, Raúl "El acceso a la justicia ambiental en América Latina" de las Memorias del Seminario Taller "Solución de conflictos Ambientales en la vía judicial" efectuado del 9 al 11 de mayo del 2000 en coordinación del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente-Universidad de Tulano.
- Cañizares, Fernando Diego "Teoría del Estado y el Derecho", del Ministerio de Educación Superior.
- Caraballo Díaz, Yamilka "regulación Jurídica de los problemas del medio ambiente" CITMA-Villa Clara.
- Colectivo de Autores "Derecho Ambiental Cubano" Editorial Félix Varela, La Habana, año 2000.
- Colectivo de Autores "Estudio de Derecho Administrativo Cubano" Editorial Félix Varela, año 2002.
- Colectivo de Autores "Manual de recalificación para Inspectores Sanitarios" del Ministerio de Salud Pública.

- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba.
- Código Penal Cubano. Ley 62/1987.
- Ley No.81 de 11/07/1997''Del Medio Ambiente''.
- Ley No. 85 de 31/08/ 1998, “Ley Forestal”.
- Ley No. 76 de 23/01/1995, “Ley de Minas”.
- Ley No. 77 de 06/09/1995, “De la Inversión Extranjera”.
- Decreto-Ley 212/2000''De la Gestión de la Zona Costera''.

La delincuencia juvenil

FLAVIA ARAISA TORRES CUÉ
JUANA LEAL PÉREZ
YANET MACHÍN RIVAS

Introducción

El comportamiento de la delincuencia juvenil a escala planetaria ha sido creciente en los últimos años. Las estadísticas de los diversos países así lo indican. En América Latina, los estudios afirman que cada 30 horas se denuncia un homicidio, una violación cada 5 y una lesión cada 8 minutos, la cifra acerca de la delincuencia se convierten en alarmantes al descubrir que una buena parte de los delincuentes son jóvenes. Hoy Latinoamérica sufre los embates de la delincuencia juvenil desde los adolescentes que cometen los hurtos en las calles hasta el accionar de las pandillas juveniles que se adueñan de barrios y espacios de la ciudad. Por su parte en Cuba, pese a que los índices de delincuencia no alcanzan cifras tan elevadas, es preocupante el incremento de la delincuencia juvenil.

En los últimos años, en muchos países se observa un incremento en las edades de 10 a 18 años. A esto podemos añadir que la edad promedio a partir del 2002 se sitúa entre 12 y 15 años. Frente a estas circunstancias, muchos han apostado en aplicar una política denominada “mano dura”. Algunos analistas sostienen que la solución está en aumentar las sanciones de cárceles a menores, las fuerzas policiales en las calles, castigos y penas más severas. Generalmente estos intentos han terminado en un rotundo fracaso.

Resulta significativo que producto a las transformaciones económicas y políticas por las que atraviesa el mundo, la convención bajo la doctrina “De la protección integral” fue ratificada con el número necesario de estados, para alcanzar el carácter de fuerza vinculante y sobre su base incluyó importantes instrumentos internacionales como las reglas mínimas para la instrucción de

justicia de menores (Regla de Berjing), reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad y las directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Nuestro país partícipe y defensor de los fundamentos de la convención sobre los derechos del niño ha creado y puesto en vigor una serie de mecanismos de control y de prevención para erradicar en gran medida la delincuencia juvenil, así como el tratamiento que a estos corresponde.

Partiendo de este análisis, la autora, consideró tomar como problema científico el siguiente:

Problema:

¿Cómo prevenir la delincuencia Juvenil?

Para solucionar este problema la autora propuso el siguiente objetivo general.

Objetivo general: Proponer un grupo de acciones de trabajo que nos permitan prevenir la delincuencia Juvenil.

Para dar cumplimiento al objetivo general se plantearon los siguientes objetivos específicos:

- Definir los factores sociales que intervienen en la vida en sociedad.
- Determinar elementos teóricos-jurídicos de la delincuencia juvenil.
- Identificar los factores sociales que al fallar influyen en la delincuencia juvenil.
- Proponer las acciones de trabajo para prevenir la delincuencia juvenil.

Los métodos utilizados para la confección del trabajo a partir del enfoque dialéctico materialista fueron los siguientes:

- Histórico-lógico, el cual persigue determinar los hitos fundamentales en la evolución temporal del objeto estudiado a través de la historia, la comprensión de los factores sociales asociados a la delincuencia juvenil.

- Análisis-síntesis, el cual permitió una mejor comprensión de los postulados teóricos provenientes de los diversos autores, este método permite descomponer el objeto de la investigación en múltiples factores y extraer conclusiones válidas para su comprensión, derivadas de exhaustivos análisis, a través de este método fue posible recomponer y comprender las múltiples interrelaciones que se establecen al interior de un fenómeno tan complejo como la delincuencia juvenil.
- Inducción – deducción: va de lo particular a lo general. Permitió partir de presupuestos generales validando la teoría acerca de los factores sociales y su incidencia en la delincuencia juvenil como fenómeno social.
- Sistémico-estructural, permitió analizar con conceptos de sistemas el fenómeno de la delincuencia, visto este como influencia de factores sociales, que determinan que el hecho se manifiesta de una forma y no de otra.

Importancia del Trabajo:

En una sociedad como la nuestra el estudio relacionado con los factores sociales asociados a la delincuencia juvenil contribuye a la formación integral de las futuras generaciones y mostrar elementos que propician la actuación de menores en la comisión de hechos delictivos y posibles acciones para prevenir la delincuencia juvenil.

La Novedad Científica de nuestra investigación consiste en el tratamiento y análisis, luego de la identificación, de los factores sociales que influyen y propician la comisión de menores de 16 años de edad de conductas clasificadas como delitos y de conjunto un grupo de medidas para alcanzar la prevención de la delincuencia Juvenil.

Capítulo 1. Factores sociales y delincuencia juvenil. Acercamiento teórico conceptual

Epígrafe I: Factores sociales, acercamiento teórico conceptual

Enseñar la identidad, los valores fundamentales y fomentar el respeto de la identidad propia y las características culturales del individuo conllevan a

considerar adecuado adoptar el principio de múltiples factores, todos ellos estructurados de manera sistémica sobresalen con respecto a otros, los factores sociales, entre ellos se encuentran el espacio social; el barrio; el alojamiento; la educación y la economía. Todos ellos estructurados de manera sistémica, para su mejor comprensión serán abordados por la autora de manera independiente.

Primer factor social: El espacio social

Son aquellos factores estáticos que se relacionan con una cultura y un medio geográfico determinado. La cultura como hecho de una sociedad determinada con un uso reiterado. Llega a crear costumbres, sentar creencias y patrones sociales.

Define el colectivo de autores del libro “Panorama de la cultura cubana”, página12

La cultura es un hecho social, no solo en los planos de la vida actual sino en los de su advenimiento histórico y en los de su devenimiento predecible. Toda cultura es creadora, dinámica y social.

Al consultar el libro” Lengua nacional e identidad del cubano”, de Sergio Valdés Bernal página 1-5 se destaca como definición: complejo de conocimientos, ciencias, artes, costumbres y hábitos que el hombre adquiere como miembro de la sociedad.

Al respecto, la autora, concluyen que son variadas las definiciones ofrecidas por diferentes autores y todas ellas convergen en el criterio de que la cultura como fenómeno complejo y multifacético agrupan valores materiales y espirituales que han sido creados por la humanidad a través de los siglos.

Segundo factor social: La familia

El ser humano desarrolla la capacidad de comunicarse dentro de su núcleo familiar. Su configuración ha variado a través de los procesos socioeconómicos y culturales de la historia. Las costumbres determinadas por funciones raciales, diferencias económicas, lugar de residencia, miembros

que la componen, han llegado a considerar familias diferentes, pero su función es semejante. Sea cual fuese la condición de la familia se anhela el amor que permita que sus miembros se sientan a gusto compartiendo afecto y responsabilidad. Todos los miembros de la familia pueden y deben ayudar al bienestar y desarrollo físico, afectivo e intelectual de cada una de las personas que la conforman.

Disímiles son las definiciones de este factor, se destacan:

La familia es dinámica, responderá nuevas exigencias, los conceptos son flexibles pero sus funciones muy difíciles de sustituir.

Según la autora todos debemos aunar esfuerzos para conseguir que en la familia se tenga una vida digna de personas humanas a nivel económico, educativo, social y moral.

La familia es formadora por excelencia y de difícil sustitución. Puede propiciar de modelos de género y satisfacción de las necesidades en las diferentes etapas de la vida y de igual forma si reina el desamor y la honestidad trunca el desarrollo individual no podemos asumir que la agresividad y la violencia son conductas propias, por lo tanto, de necesaria aceptación en esta etapa de la historia, porque desde la vivencia dramática de esta realidad, surge la esperanza de que prevalezca la civilización del amor. (Artides de León Iliana, pagina 131 – 133).

Concluye la autora: que cuando no se considera a la vida como un gran valor, cuando no se enseñan virtudes como la honradez, la laboriosidad, el estudio, la responsabilidad, el respeto, la solidaridad, muchos jóvenes se encuentran ante la tentación, y ya sea por rebeldía, por necesidad, por curiosidad, por afán de aventura y comienzan a verse inmersos en un ambiente que los jalara cada vez más, que los adsorberá necesariamente, como una arana que va tejiendo su tela alrededor de su pieza. La familia es la célula básica de la educación, tiene gran importancia en la formación de la personalidad del individuo, para muchos es la primera escuela del hombre.

Tercer factor social: El barrio.

Comprendido como el límite político establecido por las autoridades, o bien el entorno en que se mueve cada persona a diario, a pesar, de que el círculo social en que se interactúe sea fuera de este territorio.

Es en el barrio donde aparecen una serie de potencialidades que espontánea y generosamente se suelen poner a disposición para mejorar el lugar donde se ha nacido y crecido y donde vivirán posiblemente sus futuros hijos y nietos.

En este espacio territorial existen intereses comunes, normas acertadas en las relaciones sociales o económicas y algunas instituciones sociales donde existe la interacción constante y generalmente una solidaridad dinámica, lugares entre ellos primordiales que facilitan el vínculo: la escuela, la casa de residencia y el vecindario.

Cuarto factor social: La educación

Recordemos el aforismo de José de la Luz y Caballero “La educación comienza en la cuna y acaba en la tumba”. Valiosa sentencia que nos permite comprender que siempre se aprende algo nuevo.

Si tenemos en cuenta desde la independencia hasta la Revolución, podemos apreciar que la educación era bastante deficiente en la época previa a la

Al consultar el libro “De quién es la responsabilidad: la escuela y la familia” (página 11) interiorizamos en un concepto que define la escuela como una institución que tiene que orientar cada vez más su trabajo en el sentido de educar a la familia, es ella quien a todas luces tiene mayor peso en cualquier transformación de la sociedad y la cultura. Es evidente su papel esencial al trasmitir desde los primeros años una educación. Constituye el centro en el que el adolescente pasa gran parte de su jornada, la mayoría destinadas a ejercer un importante rol en su comportamiento.

Destaca la autora es digno señalar que en Cuba se han alcanzado muchos logros: la alta cobertura y masividad, el elevado por ciento de culminación exitosa de los estudios de la enseñanza obligatoria, el hecho de brindar continuidad de estudios a los jóvenes hasta su preparación para el trabajo,

oportunidades de acceso a la enseñanza con independencia de diferencias de sexo, raza o extracción social.

Quinto factor social: Moralidad de los delincuentes

Es una manifestación particular de la conducta socialmente negativa provocada por diferentes causas tanto personales como sociales.

Según la autora el control social viene a desplegar sus funciones en aras de la disminución de conductas negativas a través de las instituciones como la familia, la escuela, y el estado entre otras.

Sexto factor social: La economía y la política.

Ambos son factores que inciden en la situación social y determinan el alcance y rasgos de la política social gubernamental.

Dentro de la estructura económica son de vital importancia el grado de urbanización, tipo de actividades económicas y conocimientos de hábitos laborales.

Según la autora la relación entre lo social, lo económico y lo político ocurre en una sola dirección, sino que, por el contrario lo social puede ejercer una influencia más o menos activa sobre las trasformaciones de carácter económico y político.

Significativo es para Euclides Cata Guilarte página 55-56 que la atención a los problemas sociales ha tenido una alta prioridad desde el triunfo de la Revolución. El papel del estado ha sido determinante, pues mediante este se centralizó la responsabilidad de una política social en Cuba que sin dejar de interactuar con las acciones económicas modificara las condiciones de vida de la mayoría de la población.

Epígrafe II: Referente teórico acerca de la delincuencia juvenil.

Delincuencia juvenil.

La delincuencia ha sido concebida como quebrantamiento de la ley y el delincuente como el que delinque. Pero estas apreciaciones varían cuando se

logra realizar el análisis jurídico sobre el tema. La delincuencia como toda conducta humana es resultado de la interacción constante con el medio que le rodea, enfrentando el sujeto la realidad externa con la manifestación de una posición determinada. La delincuencia como fenómeno social negativo solo podemos analizarla a través del conjunto de fenómenos que esta representa, en un periodo de tiempo. Se expresa en un número específico de delitos, llevados a cabo por sujetos, dentro de una sociedad determinada que sancionará tal comportamiento con posterioridad.

Ello expresa la contradicción social que genera un hecho delictivo, tras la no aceptación de la sociedad amenazada por la peligrosidad social del hecho.

La existencia del fenómeno delictivo tiene fundamentos en un grupo de causas. Son diversas las causas: pueden ser orgánicos, fisiológicas, patológicas, influencias externas como el medio en que se desarrollan los primeros años de su vida, la carencia de afecto y la atención por parte de los padres o simplemente la mala orientación, las que se gestan por determinadas condiciones, es decir, solo podemos hablar probabilísticamente cuando nos referimos a las razones generales de la delincuencia.

La delincuencia en la mayoría de estos jóvenes se debe a lagunas en el proceso educativo, así como la deficiencia que se engendra en el plano organizativo por los cambios que se producen constantemente en la construcción de una sociedad. Se consideran mero resultado de un proceso educativo deficiente de la familia o la escuela.

Es criterio de Viera Hernández Margarita página 140-145 que aunque en Cuba la delincuencia juvenil no es un fenómeno alarmante es muy importante conocer las características que generan la delincuencia en los jóvenes son ellas:

1. Lagunas en el proceso educativo y por ende un nivel cultural inferior en relación con el estado educativo de los jóvenes no delincuentes de su misma edad.

2. Poco control familiar sobre su desarrollo escolar y educativo, ate todas las facilidades y oportunidades que tienen los jóvenes cubanos.
3. Débil participación en las tareas de la comunidad esto trae aparejado detrimento de los intereses sociales.
4. Debilidad en los intereses sociales.
5. Sus necesidades tienen como contenido intereses no elevados.

La delincuencia juvenil ha aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos, pasando a ser un problema que cada vez genera mayor preocupación social, tanto por su incremento cuantitativo como por su progresiva peligrosidad cualitativa.

La delincuencia juvenil es además una característica de sociedades que han alcanzado un cierto nivel de prosperidad y según análisis autorizados más actuales en los países anglosajones y nordestes que en los mediterráneos y en las naciones en vías de desarrollo.

Esto como fenómeno social debido a la prevalencia de las conductas sociales negativas entre los jóvenes, en comparación con la manifestación de estas conductas entre los adultos. Además no debe olvidarse que existen grandes probabilidades de que la delincuencia iniciada en la adolescencia persista en el individuo una vez sea adulto. Por lo que el término delincuencia juvenil es un concepto eminentemente socio-histórico

En cuba, el código penal establece la responsabilidad penal de un individuo a los 16 años, sin embargo, se considera que la primera condición para ser considerado delincuente es cometer un acto que sea considerado como delito y solo los sujetos penalmente responsables pueden cometer actividades delictivas, pues las acciones antisociales de los menores de 16 años aún no son consideradas como tales.

En la actualidad existe un incremento de las tendencias por las conductas desviadas que consiste en la violación de normas sociales, desde las simples normas de convivencias sociales hasta la norma de derecho y la moral, entre

ellas: En las acciones violentas podemos asociar acciones de lesiones, daños, desorden público, desacato, resistencia, entre otros casos están las consecuencias derivadas de accidentes del tránsito producidos en estado tóxico. El alcoholismo es la adicción que más abunda en el país.

Los comisores de delitos por codicia como el robo y el hurto, se encuentran las necesidades mal educadas, relacionadas con procurar un nivel de vida por encima de sus ingresos, a costa de ganancias ilegales y el predominio de manifestaciones egoístas e individualistas sobre los intereses sociales.

Concluye la autora: que gran importancia tiene predecir la conducta que se espera de un individuo en el futuro y también establecer los determinantes situacionales teniendo en cuenta las condiciones concretas de vida que le graban una variación en su conducta futura. Estas conductas negativas en nuestro país constituyen problemáticas socio-culturales a las que se les dedica especial atención.

Capítulo 2. Factores asociados a la delincuencia juvenil y tratamiento legislativo de los menores comisores de hechos delictivos y con trastornos de conducta social. Medidas jurídicas-sociales para alcanzar un déficit de la delincuencia juvenil.

Epígrafe I: Factores asociados a la delincuencia juvenil

En la actualidad la ciencia ha concluido que la delincuencia es un problema originado por una multitud de factores, y que su comprensión debe regirse por principios multifactoriales y explicativos. Por ello algunos autores afirman “que la delincuencia es un fenómeno social” dado que afecta directa o indirectamente a toda la sociedad.

No debe obviarse que las necesidades, intereses y motivaciones de cada hombre se gestan independientemente del curso de su formación personal. Pese a la igualdad o no que brinda el sistema político. Los factores sociales sobresalen con respecto a otros, dada la continuación del hombre en la sociedad y la interacción entre los sujetos que en ella se desarrollan,

conviviendo a diario bajo los mismos patrones de conducta y similares hábitos.

Dentro de los factores sociales asociados a la delincuencia podemos citar:

La familia

Los modelos sociales, a veces presentados en la familia, constituyen así mismo otra importante fuente de delincuencia juvenil. No hay que olvidar el susceptible que es el muchacho a la imitación y a la influencia que esta puede ejercer como método de afirmación personal, capaz de superar el propio modelo.

En la familia las madres o padres o figuras sustitutas corresponde transmitir amor, ternura y seguridad, pero además propiciarles sus espacios poner los límites, transmitir a los pequeños que todo no es en función de ellos, que a veces no logramos lo que queremos permitirles crecer, reflexionemos que este sentimiento puede llegar a provocar acciones desvalorizantes y violentas y hasta la agresión física que tengan consecuencias fatales.

Considerando la familia como espacio simbólico definido por un juego de interacciones o de vínculos donde la palabra y el afecto de cada uno tiene un significado concreto para los otros miembros, debemos señalar las necesidades particulares de niños, adultos, mayores y personas con problemas de conducta que necesiten de atención para que no se sientan abandonadas. Es por ello que deben tener en cuenta los siguientes factores familiares que pueden tener una influencia negativa: el nivel de supervisión parental, la manera de disciplinar a los hijos por parte de los padres, un conflicto o una separación parental, un abuso o una negligencia parental y la calidad de la relación padre-hijo.

Los niños criados por padres separados es más probable que comiencen a delinquir que los que tienen ambos padres naturales, sin embargo, si se tiene en cuenta el lazo que un niño sienta hacia sus padres y el nivel de supervisión parental se considera que los niños en familias de madres o padres solteros no es más probable para delinquir. El conflicto entre padres

se considera mucho más importante para que empiecen a delinquir que ser criados por un padre separado.

Así como si un niño tiene una supervisión parental baja, muchos estudios han encontrado una correlación fuerte entre una carencia de supervisión y la delincuencia. Y esto es la influencia más importante de la familia. Cuando los padres no saben comúnmente donde están sus niños, cuáles son sus actividades o quiénes son sus amigos, es más probable que se ausenten de la escuela y que tengan amigos delincuentes que les conducen a delinquir.

Resulta de vital importancia su influencia en la educación y vigilancia de la disciplina en los primeros años de la adolescencia, ahí radica su papel formador.

No deben obviarse las particularidades nocivas de las familias de los delincuentes, son ellas hogares rotos, inadecuado funcionamiento en el hogar, hogares con parientes o personas anormales, hogares anormales e incultos, hogares con delincuentes sancionados, hogares inseguros desde el punto de vista económico.

La autora plantea que la tolerancia es principio necesario para la convivencia ya que vivir en paz es una decisión personal, la meta de alcanzar la libertad interior implica respeto y dejar a los otros su propia libertad que no se lograra si la posibilidad se pone fuera de cada individuo, en otro, cuando ese otro falla.

El mayor poder humano es sobre su pensamiento y siempre ante cualquier problema hay dos formas de reaccionar, una positiva que alivia y ayuda, y otra negativa que aplasta y paraliza. El ser humano hace valioso y significativa su vida cuando desarrolla todas sus aptitudes y satisface sus más altas necesidades y para lograr ese anhelo, esta aspiración vital debe realizarse en el barrio, en la sociedad.

El barrio

El barrio sigue siendo el habitad del hombre porque inaugura sus emociones, sentimientos y descubre un espacio de la existencia, busca su felicidad y bienestar, el barrio es también factor social asociado a la delincuencia juvenil de suma importancia.

Los jóvenes que residen en barrios ambientalmente deteriorados son los más desfavorecidos, acompañados estos de la existencia de tradiciones y formas de comportamiento que hacen a los más jóvenes integrarse a grupos negativos observando en ellos un código acorde a su situación interior para dar solución a sus problemas.

Resulta importante concluir que: la delincuencia infantil y juvenil tiene su origen en procesos defectuosos de aprendizaje social, el desarrollo de la sociedad y la transformación de la estructura socioeconómica, cambian también el estilo de vida y las normas que determinan los comportamientos humanos, como se puede aprender los nuevos comportamientos y normas con distinta velocidad..

Si estos conflictos no se resuelven de manera pacífica y de común acuerdo, tendrán como consecuencia la destrucción de valores, lo que produce, a través de la destrucción de grupos y de la personalidad un aumento de la delincuencia. Debe tenerse en cuenta que el comportamiento delictivo no se aprende solo por medio de resultados de ciertos comportamientos, sino también por medio de modelos de conducta. Un niño o un joven aprende a evaluar su comportamiento y considerar lo bueno o lo malo aprende las normas que determinan su comportamiento.

La autora plantea que la conducta antisocial y delictiva puede ser modificada tanto en la adolescencia como el la juventud, en individuo precisa de la socialización, y del grupo de amigos como espacio de interacción y de reflexión con los coterráneos que en cada etapa juegan un papel diferenciado, tienen como función la afirmación de la independencia y de la identidad individual.

La base económica:

Su desarrollo presenta dificultades temporales y pueden provocar en algunos ciudadanos el deseo de satisfacerla aún a costa de los demás y de la sociedad.

Espacio social:

Las compañías antisociales pueden estar relacionadas con la diversión y la comunicación pero las mismas sirven de base a la actividad dirigida en perjuicio de la sociedad. El alcoholismo, el vandalismo y las infracciones de la ley. La delincuencia juvenil es generalmente en grupos, y sus orígenes se hallan con frecuencia en la falta de vigilancia en los grupos de la calle, donde los jóvenes delincuentes devienen líderes de estas agrupaciones.

Las colectividades de jóvenes y adolescentes, y la relación que al interior de las mismas se establece trae aparejado el proceso de imitación a aquellos que descuellan como líderes dentro del grupo, al varón le ha sido asignado, desde el punto de vista cultural, un rol que incluye dentro de sus características la voluntad, la valentía y la fortaleza. Por ello, en momentos en que la personalidad se consolida y adquiere caracteres individuales, los jóvenes aprecian aquellas características que los puedan asemejar al sexo opuesto. Este proceso que no siempre es consiente es lo que los impulsa a manifestar conductas crueles con animales u otras personas en situaciones físicas desventajosas, conductas que a su juicio les afirman en la masculinidad, y en los atributos que los sujetos de este sexo deben ostentar. A esto se le suma el sentimiento de impunidad que proporciona el refugiarse en la colectividad, la solidaridad grupal empuja a comportarse de forma agresiva, o a asumir aptitudes que tal vez distan mucho de su forma de actuar y pensar habitual. Para contrariar al grupo se precisa de una poderosa fuerza de voluntad, que no siempre el joven o adolescente puede exhibir, y cuya carencia les acerca, a veces, incluso a cometer actos delictivos o socialmente reprobables.

Finalmente otro factor social asociado a la delincuencia juvenil es la Educación principalmente representada por la escuela. Tanto ella como la

familia juegan un papel determinante en la formación de valores morales. Ambas inculcan y desarrollan hábitos de conducta, costumbres y tradiciones. Cuando ambas o alguna de ellas no desarrollan correctamente su rol trae gravísimas consecuencias enmarcadas en severos trastornos de conductas negativas.

El ministerio de educación y el interior ajustan sus gestiones en aras de la prevención de las desviaciones y conductas de los menores y jóvenes es uno de los más altos logros.

Finalmente es evidente que pensemos la prevención antes que la represión: la mejor manera de prevenir la delincuencia juvenil es la de impedir que surjan delincuentes juveniles para lo cual se necesitan adecuados programas. Sobresale la familia dentro de todos los factores sociales asociados a la delincuencia por la influencia que ejerce.

Epígrafe II: Tratamiento jurídico de los menores comisores de hechos delictivos y con trastornos de conducta social

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño constituyó un hito jurídico e histórico en la protección internacional de los niños, lo que permitió que fundamentalmente el continente de América Latina construyera sus leyes de menores bajo la óptica y el espíritu de la doctrina de la protección integral del menor. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y abierta a la firma el 6 de enero de 1990. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, un mes después de ser ratificada por el vigésimo Estado, adquiriendo ese día el carácter de ley para los primeros 20 Estados. Nuestro país firmó este instrumento el 26 de enero de 1990.

Los antecedentes de tan significativo acontecimiento se remontan años atrás, cuando se promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, las Declaraciones de los Derechos del Niño de 1923 y 1959, los Pactos Internacionales sobre los Derechos Económicos, Sociales y Políticos de 1966 .

Existen además una serie de instrumentos legislativos internacionales que colectan su vigencia y se consolidan a partir de la promulgación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este conjunto legislativo es el siguiente:

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de libertad.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

En nuestro país el primer cuerpo jurídico que reguló los diferentes aspectos acerca de los menores transgresores fue el Código Español de 1870 mediante el Real Decreto de 23 de mayo de 1879.

No fue hasta la creación del Ministerio de Bienestar Social, (creado por la Ley No. 49 de seis de febrero de 1959) que asumía entre sus funciones principales la de prevenir la delincuencia juvenil y asistir a los menores que tuvieran problemas de conducta, para lo que se creó la Dirección de Prevención y Rehabilitación Social.

El Instituto de Reeducación de Menores de Torrens, modifica su nombre a través de la Ley 547 de 15 de septiembre de 1959 y a partir de entonces se denomina Centro de Rehabilitación de Menores.

El seis de junio de 1959 se crea el Ministerio del Interior (MININT) a través de la Ley 940 que privilegió dentro de su trabajo la prevención de la delincuencia. La Resolución No.1001 de 27 de marzo de 1962 propició la creación de un Departamento de Prevención y Seguridad Social que se dedicó a la actividad preventiva de los menores transgresores. También se subordinaron a este ministerio los Centros de Rehabilitación. En el año 1961, se disuelve el ministerio de Bienestar Social, momento a partir del cual el Ministerio de Educación asume la responsabilidad de la custodia provisional

de menores que incurrieran en conductas antisociales o practicaran la mendicidad entre otros casos, para los que se concebía un tratamiento especializado.

A partir de 1964, los menores transgresores comienzan a ser juzgados por una sala especial de la entonces Audiencia de la Habana y en 1966 se crea el primer Centro de Evaluación, Análisis y Orientación de Menores de la Habana (CEAOM). En 1974, como parte de la estrategia de lograr un mayor acercamiento a la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, personal especializado de estos centros comenzaron a realizar evaluaciones socio-psico-pedagógicas para que los Tribunales Provinciales y Regionales tuvieran elementos para imponer las medidas a los menores transgresores, particularmente la de reclusión en un centro de reeducación. La evaluación en estos centros se caracterizó por la fuerza de la psiquiatría, con su vocabulario, sus métodos y técnicas, lo que fue retomado para evaluar a los comisores adultos.

El primer proyecto de Código de Menores se elaboró en 1975, donde se tuvo en cuenta normativamente por primera vez las especificidades de estas edades, emitido con el propósito de lograr la individualización de las medidas que se aplicaran. La preocupación jurídica en materia de menores se expresó también a través la Constitución de la República (1975, modificada en 1992), el Código de Familia (1975), y el Código de la Niñez y la Juventud (1978).

El Código Penal de 1979 (Ley 21) estableció la responsabilidad penal a partir de los dieciséis años pero dispone transitoriamente que para los menores de catorce años de edad hasta los dieciséis años se continúe aplicando lo establecido en el Código de Defensa Social hasta que se promulgara una Ley relativa a los menores transgresores, la cual no se materializa hasta 1982 que se crea el Sistema para la Atención de Menores con Trastornos de Conducta a través del Decreto Ley 64 de 30 de diciembre de 1982.

El esquema cubano referido al tema es original; no solo incluye a los menores en conflicto con la Ley Penal, sino también a aquellos que presentan indisciplinas graves o trastornos permanentes de la conducta que dificulten su aprendizaje en las Escuelas del Sistema Nacional de Educación, menores que presenten conductas disóciales o manifestaciones antisociales que no lleguen a constituir índices significativos de desviación y peligrosidad social. Por esta razón hemos dicho con anterioridad que es muy difícil encasillar nuestro esquema de menores en algún modelo de administración jurídica en específico, pues tiene elementos del modelo tutelar y del de responsabilidad penal aunque por otra parte, carece de algunas cuestiones de ambas.

El referido esquema estuvo muy bien concebido desde su inicio, se expresó en un Sistema para la Atención a Menores con Trastornos de Conducta, previsto para los menores de 16 años de edad con las características que expresamos con anterioridad y tiene su asiento jurídico en el precitado decreto ley como norma básica.

Su objetivo principal está encaminado a lograr la reorientación o reeducación de los menores y está regido conjuntamente por el MINED y el MININT, contando cada uno con sus Consejos de Atención a Menores, integrados por especialistas en la materia y de distintas ramas del saber vinculadas a la problemática en cuestión: psicólogos, juristas, pedagogos, etc.). Estos profesionales son los encargados de adoptar con el menor de edad las medidas pertinentes y se auxilian de la evaluación que realiza el Centro de Diagnóstico y Orientación (CDO) y el Centro de Evaluación, Análisis y Orientación de Menores (CEAOM), del MINED y MININT respectivamente, que poseen equipos multidisciplinarios para poder ofrecer una valoración consecuente.

Los Consejos adoptan medidas indeterminadas que se adecuarán a la evolución y el progreso que experimenten los menores. Ellos decidirán entre otras medidas, el internamiento de estas personas en Centros de Reeducación de ese propio órgano. Estas medidas son de una duración

indeterminada y dependerá de la evolución y progreso que experimenten los menores.

Al desembarazarse del Sistema Penal, este esquema enfatiza lo pedagógico, lo psicológico y lo jurídico, procurando realizar un análisis y conocimiento profundos de la personalidad del niño(a), para poder recomendar las medidas más convenientes que pueden ser revisadas en cualquier momento por los mismos Consejos de Atención a Menores que las han dispuesto, según lo establece el artículo 20 del Decreto –Ley No. 64 del 30 de diciembre de 1982 sobre el Sistema de atención a menores con trastornos de conducta. Siendo las que a continuación se relacionan:

1. Internamiento o asistencia obligatoria a una escuela de conducta regida por el Ministerio de Educación o internamiento en un Centro de Reeducación del Ministerio del Interior.
2. Internamiento obligatorio en un centro asistencial del Ministerio de Salud Pública.
3. Obligación de tratamiento médico ambulatorio.
4. Vigilancia y atención por el Ministerio del Interior.
5. Vigilancia reforzada de los padres o tutores o de los que tengan a su cargo al menor.
6. Atención individualizada en las Escuelas del Sistema Nacional de Educación encaminada a la corrección de la conducta sin necesidad del internamiento en escuelas especializadas.
7. Ubicación del menor como aprendiz de oficio en una unidad laboral de acuerdo a las exigencias de la legislación laboral vigente.
8. Atención por trabajadoras sociales de la Federación de Mujeres Cubanas.

La decisión de cada uno de éstos Consejos, conlleva previamente un proceso evaluativo a cargo de los Centros de Diagnóstico y Orientación del MINED y los Centros de Evaluación, Análisis y Orientación de Menores, (CEAOM) del

MININT, los que investigan y analizan las condiciones familiares y sociales de los menores y las valoraciones de los menores por diferentes especialistas que recomiendan a cada Consejo Provincial las correspondientes medidas a adoptar.

El Decreto-Ley 64 de 30 de diciembre de 1982 constituyó un cambio conceptual significativo respecto a la dimensión jurídica acerca de los menores transgresores de la ley penal. Además de excluirlos del ordenamiento jurídico-penal, se concibió toda una estrategia pedagógica, sociológica y jurídica actualizada y especializada, dirigida por los ministerios de Educación y del Interior que se reparten la competencia de acuerdo a la categoría en que se encuentran los menores.

Es decir, que requiere un tratamiento educativo con la flexibilidad y agilidad que exija cada caso, no se puede exigir a los menores responsabilidad penal, que no es más que tratarlos como si con su edad pudieran discernir entre el bien y el mal como lo haría un adulto. Afortunadamente en Cuba el menor dejó de ser sujeto de delito y comenzó a ser tratado bajo la doctrina de protección integral con tratamiento psicopedagógico y social y no represivo, siendo uno de los más altos logros en materia criminal.

Se valoran por la policía y los Oficiales de Prevención de Menores las condiciones personales del menor y las características del hecho y discrecionalmente puede decidirse no procesarlo, de existir la necesidad de un proceso el menor es evaluado por un equipo técnico integrado por psicólogos, pedagogos, psiquiatras, médicos y juristas, se conforman todas las pruebas documentales para incoar un expediente que es enviado al Consejo de Atención a Menores constituido por un equipo multidisciplinario(psicólogos, pedagogos y juristas) quienes realizan un estudio minucioso del caso y efectúan una entrevista inicial con la finalidad de profundizar en el conocimiento de la conducta reprobada o en los hechos que se le imputan al menor. Pueden realizarse instrucciones complementarías si es necesario para profundizar en algún extremo.

El rol del fiscal como garante de la legalidad en la protección a los menores de edad aparece precisado en la Ley No. 83 de la Fiscalía General de la República aprobada el 11 de julio de 1997, a aplicar a partir de enero de 1998, en su capítulo IV PROTECCIÓN A MENORES. En su artículo 25 faculta al fiscal designado las funciones relacionadas con el control y preservación de la legalidad en la atención a los menores.

Epígrafe III: Medidas jurídicas-sociales para alcanzar un déficit de la delincuencia juvenil

La autora considera que ante las deficiencias que incluso hoy subsisten en los factores de la comunidad como en los términos jurídicos que permiten que los menores de 16 años de edad continúen cometiendo actividades reconocidas en nuestro Código Penal Cubano como delito en su artículo 8 apartado 1, hemos considerado que se hace necesario proponer las siguientes acciones de trabajo:

1- Incidir activamente en la existencia de espacios de coordinación para planificar acciones en las escuelas y comunidades que tengan como tema principal la prevención.

2- Intercambiar por parte de la Fiscalía General de la República, en conjunto con el MINED y el MININT para debatir situaciones puntuales que existan y otorgarle tratamiento inmediato aplicable al caso.

3- Recurrir a los medios de comunicación masiva y la informatización para trasladar el conocimiento a las familias sobre temas vinculados a los menores, la prevención de la delincuencia juvenil y la actuación de la Fiscalía General de la República, el MINED y el MININT en estos aspectos.

4- Los Jefes de sectores zonales en coordinación con las organizaciones de masa gestionar una detección favorable ante aspectos negativos que puedan generarse en las familias y que influyan en los menores.

5- Insertar con mayor profundidad a la familia con la escuela, logrando fomentar las bases de la educación, con la atención priorizada de los jóvenes, ligada con lazos de amor y estima.

6- Planificar y ejecutar actividades de carácter mensual escuela-hogar. (Actividades recreativas, festivas, de conmemoraciones, políticas y culturales)

7- Trabajo de algunos especialistas de psicólogos, pedagogos, profesores guías, juristas, con las familias y los niños, ante casos en que se observen rasgos de disfuncionalidad o problemas anteriores que puedan suponer una conducta desajustada.

La autora considera que se puede trabajar de igual forma, que como se ejecuta un tratamiento asistido y en ocasiones afectivos para con los menores comisoras o con trastorno de conducta, con los niños que apenas se pueda percibir alguna situación psicológica traída del hogar, o por la propia escuela, para así prevenir que llegue a un estado desajustado.

8- Atender particularmente la familia y proporcionarle la ayuda que necesite ante situaciones extremas que se presente en el hogar, mediante un especialista en psicología en la zona de residencia y el médico de familia.

9- Preparar y Capacitar sistemáticamente a los profesores y grupos de especialistas que puedan trabajar en este campo con los menores.

No simplemente debemos trabajar e intentar mejorar conductualmente a los menores comisores de hechos delictivos y con trastornos de conducta, sino que debemos prevenir, es la idea que traemos con esta investigación y estas acciones a ejecutar, para alcanzar un déficit en delincuencia juvenil y de cierta forma también se está previniendo la delincuencia en adultos, debido a que fueron los jóvenes y menores del ayer.

Conclusiones

Luego de convencidos de las deficiencias sociales que influyen en la delincuencia juvenil así como las acciones encaminadas a lograr un déficit en la actividad comisora de los jóvenes menores de 16 años de edad, podemos concluir que:

1- El estudio de los referentes teóricos relacionados con la delincuencia juvenil y los factores sociales vinculados a ella resultaron determinantes para la organización del estudio científico con el propósito de sentar las bases y las directrices para su prevención, destacando como factores sociales el espacio social; el barrio ; el alojamiento; la educación; moralidad de los delincuentes y la economía.

2- La delincuencia juvenil considerada como la acción u omisión socialmente peligrosa cometida por un individuo menor de dieciséis años de edad afectando un bien jurídico protegido por nuestro Código Penal Cubano.

3- Dentro de los factoras sociales relacionados a la delincuencia juvenil tenemos a la familia, es la de mayor incidencia, por ser ella la primera encargada en inculcar hábitos, tradiciones, valores morales, principios éticos, patrones de conductas positivas, amor y respeto a la patria y hacia todo los que nos rodea, en seguimiento con la escuela el segundo hogar de los jóvenes, donde se les educa y se les inculca también buenas costumbres y a desarrollar sus sentimientos, propiciando rescatar lo que en algún momento no logra ilustrar la familia y por último el barrio el que en ocasiones también incide en el comportamiento futuro del menor.

4- Se debe ejecutar una prospera comunicación en los medios audiovisuales e informativos sobre la prevención social de la delincuencia juvenil, un mejor funcionamiento y operación entre Fiscalía General de la República, MININT y MINED con acciones encaminadas a proporcionar las herramientas para correcta conducta de los menores, identificar las familias propicias por sus situaciones sociales y acatar con un grupo de especialistas preparados medidas en función de mejorar la situación y salvar al menor de un trastorno futuro, así como ejecutar sobre los factores sociales familia, hogar y barrio en aras de fusionarlos y convertirlos en medios seguros y favorables para el crecimiento saludable de niños y adolescentes.

Bibliografía

-Almazán Serra Mariana Sonia," Cultura Cubana Siglo XX "(1999). Editorial Félix Varela (2005)

-Ares Muzio Patricia, Mi familia es así (1998). Editora Ciencias Sociales, La Habana (1990).

-Artiles de León Iliana, Violencia sexualidad (1996). Benet. J Valencia España.

-Cata Guillarte Euclides, Político Social (1998).Editorial Félix Varela (2006)

-Colectivo de Autores, Criminología (1996). La Habana, Editorial Félix Varela (2004).

-Colectivo de autores, Criminología, Fundamentos Teóricos y Análisis (2000). La Habana (1990). Editorial Ciencias Sociales (1989).

-Colectivo de autores, Tecnología y sociedad. Página de la 208 – 214.

-Colectivo de Autores Panorama de la Cultura Cubana (2005). Editorial Verde Olivo, Ciudad de la Habana (2003).

-Pérez Semper Emilia, De Quien es la responsabilidad, la escuela o la familia (1988). Editorial Pueblo y Educación. Página 11.

-Valdés Bernal Sergio. Lengua Nacional e Identidad Cultural del cubano (1998). Edición Editorial Ciencias Sociales. Página 1-5.

.-Vasallo Bomuta Norma, La Conducta Desviada (1999).

-Viera Hernández Margarita, Lo Social e Individual. Editorial Ciencias Sociales (1988).

-Euqliges Catá Gullarte, Política Social (2006). Editorial Félix Varela. Página 154-15s5.

- Kaiser, Günter. "Criminología" 7ª. Edición. 1988. Madrid.

-Renén Quirós Pírez, Manual de Derecho Penal III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

Trabajos Investigativos:

- Yosmel Guevarra Herrera, La labor de dirección del fiscal jefe municipal en la protección de los menores de edad controlados por presentar trastornos de conducta o que cometen delitos, noviembre 2014.
- Yanet Machín Rivas, El Papel del Fiscal Jefe Municipal para garantizar la protección de los derechos de los menores de edad, que resultan víctimas de delitos, noviembre 2015.

Legislación:

- Constitución de la República de Cuba, 24 febrero 1976.
- Ley No 62 del 29 de diciembre de 1987, Código Penal Cubano, La Habana, Cuba.
- Ley No. 83 de la Fiscalía General de la República de 11 de julio de 1997.
- Decreto Ley 64 de 1982, sobre el Sistema de atención a menores con trastornos de conducta, del 30 de diciembre de 1982.

El acusado ¿de espalda o de frente a su proceso? Una mirada al derecho comparado

DIEGO RAFAEL GARCÍA IGLESIAS*
MAIRELIS RIVERA REYES**

Introducción

En el curso de la historia, las legislaciones han variado gradualmente, según el tipo de gobierno o sistema político establecido, en las cuales se manifiestan sus rasgos típicos; dada la estrecha relación que se advierte entre las normas procesales penales y los sistemas socioeconómicos imperantes.[256]

Con independencia de que cada Estado ha desarrollado conforme a sus intereses el tipo de enjuiciamiento que rige su sistema jurídico penal[257], en el decursar del tiempo universalmente se reconocen por los estudiosos del tema tres grandes sistemas de enjuiciamiento: El acusatorio, el inquisitivo y el mixto.

Alberto M Binder, Director Ejecutivo del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales de Buenos Aires, al elaborar sus "Diez Tesis sobre la reforma de justicia Penal en América Latina", planteo en la segunda de éstas: " Si bien la reforma de la justicia penal debe abarcar todos los ámbitos donde se halla instalada la cultura inquisitiva, es necesario comenzar por un cambio radical del sistema procesal mismo, ya que es en la interacción que estas normas producen, donde se instala y reproduce el sistema inquisitivo" [258]

A partir de los primeros años de la década de los ochenta, en América Latina se inició un movimiento regional de reforma de la justicia penal, sin embargo pese al

*Licenciado en Derecho. Abogado del Bufete Colectivo de Güira de Melena, Artemisa, Cuba.
**Licenciada en Derecho. Abogada del Bufete Colectivo de San Antonio de los Baños, Artemisa, Cuba.
[256]Rivero Sánchez, J. M y Llobet Rodríguez, J., Democracia, Justicia y Dignidad Humana, Editorial jurídica continental. 2004 pp. 262-263.
[257]Así, David René, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Biblioteca jurídica Aguilar. S.A. Juan Bravo, 38 Madrid España, 1969.
[258]Binder, Alberto M. Revista Cubana de derecho, número 11, 1996, "Diez tesis sobre la reforma de la Justicia Penal en América latina, pp. 140.

largo tiempo transcurrido, a inicios del nuevo milenio este proceso de mantiene en sus fases iniciales.

El Séptimo Congreso de Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, llevado a cabo en 1986, recomendó expresamente la continua atención al mejoramiento de los sistemas de justicia penal para adecuarlos a las condiciones y necesidades cambiantes de la sociedad y a las nuevas dimensiones del delito y la delincuencia.

En una sociedad democrática el proceso penal no debe constituir un simple instrumento de represión, sino un conjunto de reglas que, preservando las garantías procesales, le permita al juez conocer la verdad de los hechos, y aplicar la norma que corresponda según la ley y el derecho. Lo justo es encontrar el camino entre la necesidad de la investigación para la realización del derecho penal material y la protección de los derechos del acusado: ésa es la misión del derecho procesal penal.

Nuestro país, por razones históricas que todos conocemos heredó un sistema de enjuiciamiento con fuerte contenido acusatorio, cuyo procedimiento se encuentra relativamente avanzado, dado a que cuestiones, como el juicio oral, que en numerosos países latinoamericanos constituyen una aspiración, son una realidad en nuestro ordenamiento procesal; el que sin embargo no es perfecto.

Es importante asumir con entera responsabilidad que existe impostergable necesidad de que nuestras leyes estén dotadas de un verdadero contenido democrático y que por ello es necesario introducir algunas reformas que alcancen el procedimiento criminal vigente.

Se trata pues de viajar por nuestro proceso penal, y someter a un severo cuestionamiento las regulaciones que en los momentos actuales prevé nuestra ley de Procedimiento Penal con relación a las garantías con que debe contar un acusado a los efectos de hacer efectiva su defensa en cada uno de los trámites por los que discurre durante la fase preparatoria, y en tal sentido realizar comparaciones con el proceso moderno que se pretende instalar en América latina y con otros ordenamientos que son reconocidos a nivel internacional por sus avances y, a partir

de tales valoraciones, determinar cuáles serían las modificaciones que es necesario introducir en nuestro proceso penal.

Este es el hilo conductor de nuestro trabajo, el proceso penal durante la fase preparatoria y las principales instituciones que a nuestro criterio deben reformarse con el fin de equilibrar el proceso en aras del mejoramiento de nuestro sistema de justicia. Sin pretensiones de trasplantar modelos foráneos a nuestra sociedad hemos partido del estudio comparado y las tendencias más actuales que rigen las reformas que en el continente americano se vienen proyectando sobre el Derecho Procesal Penal, sin obviar los lineamientos y principios trazados por los fundamentales instrumentos jurídicos del derecho Internacional.

El principio de igualdad y contradicción de las partes.

En materia penal hay siempre dos intereses contrapuestos: el de la sociedad representada por el estado que tiene el deber de perseguir y corregir las conductas que atentan contra el orden social establecido y el del acusado que tiene el derecho de defenderse. De ahí que en todo proceso penal propiamente dicho deba existir contradicción.

El principio de contradicción en el proceso penal contemporáneo ha de ser contemplado con el principio de igualdad en la actuación procesal, porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que ésta sea efectiva, se hace necesario también que ambas partes procesales, acusación y defensa, tengan los mismos medios de ataque y protección e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación. En lo político este principio es una derivación hacía el proceso penal de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, lo que se manifiesta en casi todos los ordenamientos constitucionales como un derecho fundamental. Este principio resulta consustancial a la labor de administrar justicia, ya que en toda la actuación del derecho por la jurisdicción tienen que existir dos partes contendientes, cada una de las cuales representan sus marcados intereses y acuden a un tercero imparcial, titular de la potestad jurisdiccional, y que se materializa en la persona del Juez.

La Constitución cubana en sus artículos 128, 129 y 130, define a la Fiscalía General de la República como una unidad orgánica estructurada verticalmente en toda la nación y subordinada únicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular. La organización y funcionamiento de la Fiscalía es desarrollada en la Ley No. 83/97, la que en su artículo 8-f le confiere la función de promover la acción penal pública en representación del Estado. Esta facultad se materializa en la Ley de Procedimiento Penal (LPP) en el artículo 273 donde se estipula que la acción penal respecto de los delitos perseguibles de oficio se hace por la Fiscalía, la que lo ejercita en condición de exclusividad.[259]

En el otro extremo del binomio contradictorio se ubica la parte acusada, desde la perspectiva del acusado y formando parte esencial del principio de contradicción, se deriva lo que se conoce como derecho a la defensa.

El Derecho a la Defesa en la fase Preparatoria

Nuestro proceso penal se divide en dos grandes etapas: la fase investigativa: donde se acopian los elementos necesarios sobre el hecho acontecido, y la fase de juicio oral. En esta primera etapa predominan instituciones y métodos que se corresponden con el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, mientras que en la posterior prevalecen las instituciones y formas del sistema acusatorio, y es precisamente ésta combinación lo que permite calificar a nuestro procedimiento como afiliado al sistema de enjuiciamiento mixto.

De acuerdo con el concepto que informa nuestra ley de procedimiento penal referente a la fase preparatoria se colige que cualquier actuación que se realice antes del juicio oral forma parte de la fase preparatoria y su principal finalidad es

[259] El proceso penal ordinario está regulado en la Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal; en ella existen sólo dos excepciones a la facultad monopólica de ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía: en los delitos privados, que son solamente la Calumnia y la Injuria, donde la acción deberá ser ejercitada mediante querella del perjudicado. La otra excepción, totalmente infrecuente, es en los casos en que el Fiscal solicita el sobreseimiento del expediente y el Tribunal no lo acepta e invita al Fiscal a que reconsidere su petición. Si la Fiscalía insiste en su pedimento el Tribunal le concederá al perjudicado la posibilidad de que ejercite privadamente la acción; esta modalidad es la única presencia del perjudicado en el proceso penal ordinario en el ejercicio de la persecución de los que se conocen como delitos perseguibles de oficio. (artículos 268, 273 y 274 de la LPP)
Mención aparte merece el tratamiento que le confiere al tema la Ley Procesal Penal Militar, la que reconoce al perjudicado un grupo de facultades en el proceso, régimen totalmente ajeno al proceso penal ordinario.

determinar si existe o no el hecho delictivo y sus responsables, y aportar los elementos necesarios para decidir si se ejercita la acción penal o no, y en su caso, servir de fundamentación para la pretensión punitiva que se plantee ante el órgano jurisdiccional.

No se puede analizar la fase investigativa del proceso penal cubano, sin indiscutiblemente hablar del derecho a la defensa, pues para que se garantice que las partes en el proceso sostengan un pleito contradictorio en condiciones de igualdad, dado los intereses contrapuestos que representan, deben gozar de un derecho fundamental amparado en textos constitucionales y acuerdos internacionales, considerado y es, el derecho a la defensa, que se encuentra recogido en el artículo 59 de nuestra Constitución.

Este derecho a la defensa se manifiesta en el derecho que tienen o deben tener cada una de las partes de aportar las pruebas libremente que tiendan a fortalecer sus respectivas tesis de cargos y descargos, y, en último término, a hacer cuantas alegaciones tuvieran por conveniente. Visto así, el derecho a la defensa presenta un contenido en extremo amplio y no resulta exclusivo del acusado, sino un derecho de parte.

Uno de los elementos indiscutibles de ésta institución jurídica es el derecho del acusado a la defensa técnica, por lo que al abordar nuestro trabajo toda la temática concerniente a las garantías que el proceso penal se le confieren al acusado durante la fase preparatoria, nos limitares a hablar del derecho a la defensa desde la óptica únicamente del acusado, en esta fase del proceso.

No existirá la menor duda que el Derecho Penal, específicamente el Procesal Penal ha sufrido en los últimos tiempos variaciones sustanciales en cuanto al tratamiento que se ha de ofrecer a los acusados dentro de un Proceso Penal, ha sido criterio internacional el abogar por ampliar cada día el campo de garantías con que cuente un acusado para que tenga efectivamente asegura sus posibilidades de defensa, es decir, ha existido un incremento de las garantías esenciales del encartado frente al espíritu de protección estatal que hasta ese momento había caracterizado los ordenamiento jurídicos penales. Se ha producido un proceso de reforzamiento de las

garantías del encartado frente al poder omnipresente de la sociedad representada por sus estructuras de gobierno.

En nuestro país, con independencia de las características propias de nuestro sistema, y sobre todo de la base económica que define a aquel, se precisa de igual forma de un proceso de reformas que modernicen a las normas que definen nuestro procedimiento penal y lo conviertan en un verdadero proceso de garantías, habida cuenta que nuestra realidad está caracterizada por una evidente indefensión y desigualdad del acusado frente al interés público que lo acusa.

Cuando hablamos de derecho a la defensa, desde la perspectiva del acusado, nos encontramos con la posibilidad que tiene de hacer valer sus derechos, de oponerse a los cargos de la acusación mediante la presentación de descargos, a través de la solicitud de realización de diligencias en contrario e implica entre otros derechos , la necesidad de asistencia técnica eficiente e idónea, desde el primer momento en que una persona es señalada como autor de un delito o partícipe en él ante la autoridad encargada de la persecución penal y, en todo caso, inmediatamente a la detención, o para la declaración del imputado, aún en aquellos casos en que no se nombre defensor.

En relación con la defensa técnica, nuestra ley, aunque la tiene establecida durante la fase preparatoria, de manera general se encuentra muy limitado ese derecho, existiendo incluso algunos momentos en que se anula la posibilidad de derecho a la defensa técnica o asistida de abogado, del acusado frente a la acusación.

La primera gran manifestación de la anterior afirmación la tenemos en el Capítulo II del Título IV, de la Ley de Procedimiento Penal, referido a la detención y el aseguramiento del acusado. Veamos no sin antes dejar aclarado que tomaremos como punto de reflexión las situaciones que mayor perjuicio causan en la persona del acusado, en especial las que implican una limitación en su libertad personal.

Nuestra ley de procedimiento penal[260] dispone que la Policía no podrá tener detenida a una persona por más de 24 horas, estando obligado dentro de este período de tiempo a ponerlo en libertad, imponerle alguna medida cautelar que no sea la de

[260] Ver artículo 245 de la LPP.

Prisión Provisional, o dar cuenta al Instructor con el detenido y las actuaciones, o sea, de acá se infiere que dentro de 24 horas si el policía entiende que debe quedar preso el hombre deberá remitírselo al instructor. Obsérvese, ya se comienzan a hacer pronunciamientos que implican un menoscabo a su derecho de libertad personal sin que se le de participación alguna al encartado para que se defienda sobre lo que se pretende hacer. Ahora, el acusado y las actuaciones en poder del Instructor, entonces según el procedimiento, el mismo cuenta con 72 horas más(3 días)[261], y en ese término tiene las mismas posibilidades del Policía, lo pone en libertad, le impone una medida cautelar(no Prisión Provisional), o le propone al Fiscal asegurarlo con Prisión Provisional. Vuélvase a observar, discurren tres días más y se insiste en lo que cada cual puede o no hacer, pero no se dice nada en cuanto a otorgarle alguna oportunidad al detenido para que se defienda de todo lo que se está planeando en su perjuicio, se está debatiendo sobre algo tan importante como lo es su libertad, y nadie le otorga derecho para que él la defienda. Pero el Proceso no termina ahí, si el Instructor le solicita al Fiscal que lo asegure con Prisión Provisional entonces éste, puede tomarse 72 horas más (otros 3 días)[262], para decidir lo que hace, lo que hará mediante auto, según la ley fundado, pero según la práctica no se razona. Ahora en esta oportunidad se le confiere un vestigio de derecho al encartado porque dice el propio precepto que el Fiscal para decidir podrá entrevistar al encartado o practicar cualquier otra diligencia.

Apréciese que el acusado en aquellos casos en los que debate si se asegura con Prisión Provisional estará pendiente 7 días a esta decisión, sin que la ley le conceda una participación bien activa para que haga uso de todos los elementos que tenga, bien por si o asistido del defensor de su elección para influir en la decisión que a la postre se adopte, es obvio que la entrevista a la se refiere el artículo 247 es insuficiente, pues es optativa, puede el Fiscal o no hacerla, pero además estando detenido el individuo qué elementos podrá aportar con trascendencia a la decisión que se adopte. Pero todo lo antes cobra más trascendencia cuando vemos que el acusado solo después que resulte asegurado es que será parte en el proceso y

[261] Ver artículo 264 de la LPP
[262] Ver artículo 247 de la LPP

podrá por consiguiente designar defensor[263], es decir, si el acusado queda asegurado con Prisión Provisional estará siete días sin derecho a defensa alguna, solo podrá contar con lo que él pueda aportar en los interrogatorios a los que es sometido durante esos días, porque se habla de 24 horas para el policía, 72 horas para el Instructor y 72 horas más para el Fiscal, pero ello no quiere decir que las diligencias del proceso investigativo estén detenidas en espera de ver cuál es la decisión que se adopta sobre si se asegura o no con Prisión Provisional, sino que por el contrario es durante ese período de tiempo en el que más se profundiza en las investigaciones, muy en especial con lo referente a los interrogatorios que se le somete. De manera que podrá hablarse de efectivas garantías procesales si el acusado es sometido a rigurosos interrogatorios, careos, etcétera , sin haber tenido posibilidad alguna de entrar en contacto con un abogado, que es precisamente la única persona que puede ayudarlo a defenderse, en nuestra modesta opinión no, absolutamente no, pues es axiomático que desde los momentos mismos en que una persona se ve limitada en el disfrute pleno de su libertad, llámese detenido, preso, asegurado o como quiera llamarse deberá tener a su alcance la real posibilidad de elegir medios para defenderse y es responsabilidad del legislador que así sea, en caso contrario se le está sometiendo a un evidente estado de indefensión porque se está tomando una importante decisión en su contra a sus espaldas.

La igualdad de las partes

La Policía es la encargada de realizar las diligencias de investigación a través de la figura del Instructor aunque también pueden ser ejecutadas directamente por la propia Fiscalía, lo que entra en franca contradicción con el principio de legalidad pues es a la propia Fiscalía a la que le corresponde la función de controlar la ejecución de la investigación y velar por el cumplimiento de la legalidad.

De manera general por la doctrina se acepta que las funciones de investigar y juzgar debe estar separadas, pero al momento de definir el tipo de persona a la cual se le encomendará la función de investigar es cuando se inicia la problemática; en este sentido se perfilan dos posiciones fundamentales: los que se afilian al criterio de que

[263] Ver artículo 249 de la LPP

ésta responsabilidad debe estar a cargo de un juez instructor, perteneciente al aparato jurisdiccional y los que se la encomiendan al Ministerio Fiscal o a órganos de la Policía bajo la supervisión y el control del Fiscal.

Muchos defienden la figura del juez de instrucción partiendo del criterio de que es la única forma de garantizar que durante la fase investigativa pueda existir imparcialidad, por tratarse el juez Instructor de un elemento del Poder Judicial, mientras que el Ministerio Público aún vinculado por el principio de legalidad; forma parte o está subordinado al Poder Ejecutivo del Estado, además se plantea que mediante el Juez Instructor se logra igualmente que en ésta primera fase las partes estén en condiciones de igualdad, lo que no se lograría si el Ministerio Público asume la función de investigar, teniendo tras de si todos los recursos materiales que le puede brindar su posición dentro del aparato del Estado.

Como otro de los elementos que se alega por los estudiosos de la doctrina en contra de que sea la figura del Ministerio Público quien esté a cargo de la investigación es el respeto que debe prevalecer durante todo el proceso en relación a los derechos de los acusados en cuanto a su detención, aseguramiento, registro domiciliario y practica de determinadas pruebas con las que de alguna forma se penetra en la intimidad de las personas, y al estar estas actividades en manos de una Fiscalía comprometida con la investigación se pueden vulnerar derechos fundamentales de los acusados.

Por su parte los que se oponen a la Figura del Juez de Instrucción lo hacen partiendo del criterio de que aún cuando sean figuras diferentes el juez de instrucción y el juez que finalmente dicte el fallo que decida el asunto, ambos pertenecen al mismo órgano y pueden surgir ciertos compromisos del segundo con relación al curso que en su momento se le dio a la investigación, lo que propicia que no se cumpla con uno de los elementos esenciales del principio acusatorio que es la total desvinculación del juzgador con lo que fue el proceso investigativo. Cuestión esta que estaría salvada con el Ministerio Público como investigador, ya que la Fiscalía es un órgano totalmente ajeno, y por ello se cumple de mejor manera el principio que postula que el material acopiado durante la investigación no constituye el que determina el

sentido y objeto de la sentencia sino solamente el que condiciona el objeto de la acusación, pues el fundamento de la sentencia sólo puede surgir del juicio oral, en el cual el sumario solo puede ser tomado como referencia y de alguna manera complemento de aquel.

También se encuentran los que de forma intermedia se pronuncian porque la investigación esté en manos de la Fiscalía o de una unidad especializada de la Policía, pero siempre dejando sujeto a decisión del órgano jurisdiccional la toma de aquellas determinaciones que guarden relación directa con los derechos fundamentales de los acusados, criterio con el cual nosotros mostramos total conformidad.

En nuestro proceso específicamente las funciones del Ministerio Fiscal durante la fase preparatoria están caracterizadas por la imparcialidad según informa nuestra Ley de procedimiento penal, siendo así que en ésta fase ni siquiera se le considera una parte activa del proceso, pero atendiendo al cúmulo de facultades y atribuciones que en la práctica se le otorgan, lo real y cierto es que de alguna manera se compromete con la investigación, lo que condiciona que no se logre mantener durante la investigación la esperada imparcialidad que se podría alcanzar si fuera de un órgano jurisdiccional del que dependieran importantes decisiones que se toman durante ésta etapa, dentro de las que se encuentra la decisión sobre el aseguramiento del acusado y los recursos que en relación a éste aseguramiento se puedan interponer.

Necesidad de aprobación jurisdiccional de las medidas cautelares.

El otro punto sobre el cual queremos reflexionar es precisamente el referido a la autoridad facultada por ley para disponer sea asegurado el acusado con medida cautelar pero sobre todo con la de Prisión Provisional, con independencia de todo lo que refiere la Ley sobre cómo se ejecutará la Prisión Provisional no existirá la menor duda que su adopción implica una limitación total al disfrute del derecho a la libertad; por consiguiente resulta llamativo que se le concedan facultades precisamente al Órgano a cuyo cargo va a correr la acusación, para que determine si usted guardará

prisión o no en vista del Juicio Oral. Es obvio, que la fiscalía va a asumir una posición de parte al estar comprometida con la investigación.

Resulta obvio que las medidas cautelares afectan libertades y derechos fundamentales del individuo, por tanto la condición de la persona que decida sobre éste particular debe ofrecer las mayores garantías posibles de imparcialidad e independencia.

De la recta interpretación del concepto de imparcialidad se deriva la máxima generalmente aceptada, de que en todo lo que en el procedimiento penal afecte derechos y garantías fundamentales del ciudadano, debe tener la primera y última palabra el juez; precisamente en correspondencia con el carácter imparcial de las funciones que el estado detenta en los órganos jurisdiccionales que como antes hemos puntualizado, descansa en la independencia judicial y además en la formación ética y profesional que idealmente poseen los individuos encargados de administrar justicia; presupuestos que han de implicar, mayor nivel de justeza, ponderación y equidad en cada decisión.

La República de Cuba es signataria de los siguientes instrumentos internacionales fundamentales: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Al suscribir estos instrumentos la República asume obligaciones no sólo con los otros Estados de la Comunidad Internacional, sino, y principalmente, respecto a los individuos que viven bajo su jurisdicción. El denominador común de estas obligaciones es el reconocimiento y respeto de los derechos objeto de protección por las Declaraciones y Pactos, esto es, proclamarlos y garantizarlos. Estos instrumentos, a los que se suman la Constitución de la República, con su Título de los Deberes, Derechos y Garantías; constituyen el bloque de los derechos humanos, paradigma de legitimidad aprobado internacionalmente, que debe regir la evaluación de nuestros textos normativos.

Veamos pues, qué expresan al respecto estos importantes instrumentos jurídicos internacionales de los cuales Cuba es signataria:

El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia, que toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad plena a ser oído públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial; para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9, apartado 3, establece: toda persona detenida o presa, a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, o a ser puesto en libertad. En su apartado cuarto el precepto regula que toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible, sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad, si la prisión fuera ilegal.

Las Reglas Mínimas del proceso penal o Reglas de Mallorca, estipulan en su artículo 18, apartado 1, que sólo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Por el contrario, si las resoluciones mencionadas son adoptadas por la misma autoridad judicial que tenga a cargo la investigación, se preverá un recurso de rápida tramitación ante un Tribunal superior. Esta regla deberá tener especial aplicación en relación con la prisión preventiva. En el apartado 2 se establece, que las medidas tomadas por el Ministerio Público y por la Policía, que impliquen directamente limitaciones de derechos fundamentales de la persona deberán ser autorizadas judicialmente, a instancia del Ministerio Público.

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre en su pronunciamiento número 17, proclama que toda persona puede acudir a los Tribunales para hacer valer sus derechos y disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra los actos de los que viole en perjuicio suyo algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José), norma en su apartado 6 artículo 9, que toda persona privada de libertad, tiene derecho a recurrir

ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora sobre la legitimidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales.

No resulta aceptado conceder a quien acusa la potestad de ordenar la privación de libertad o la restricción de algunos de los derechos fundamentales del supuesto infractor, a menos que tal atribución sea controlada jurisdiccionalmente. La restricción de la libertad ambulatoria debe ser controlada exclusivamente por un órgano idealmente imparcial: **el juez.** Esta imparcialidad supuesta en la Ley no es un atributo fáctico del Ministerio Público, en todos los países, pues se informa que en general, sus miembros asumen una posición antagónica respecto al imputado, o responden a criterios políticos subjetivos del poder ejecutivo del Estado, de quien dependen. La necesidad del conflicto o contradicción entre acusación y defensa pierde vigencia cuando quien acusa, en estos términos tiene la facultad de restringir derechos fundamentales como es la libertad, sin que exista una instancia de revisión judicial de la resolución que ordena la medida[264]

Podríamos además agregar que la actividad instructiva propiamente dicha y la función controladora que sobre esta etapa ejerce el Fiscal, son incompatibles por su esencia misma- para nada neutral y si estrictamente parcializada- con la función de decidir sobre aquellas cuestiones relativas al procedimiento, que afecten garantías individuales, pues nadie es buen guardián de sus propios actos, y quien está comprometido con la actividad investigativa no puede ser al mismo tiempo quien controle el límite de sus poderes.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesta en vigor en 1882, y hecha extensiva a Cuba y Puerto Rico, por Real Decreto del 19 de octubre de 1888, la cual rigió en Cuba hasta el año 1973, regulaba que mientras la causa se hallara en estado sumario, sólo podría decretar la prisión provisional el juez instructor; y además concedería al juez la facultad de decretar la fianza y fijar su calidad y cantidad. Se

[264] Garita Vilches Ana Isabel. " El Ministerio Público en América latina desde la perspectiva del derecho procesal Moderno". Editorial INALUD. San José de Costa Rica 1991 pp 30.

establecía además el trámite de comparecencia, exclusiva facultad del juez instructor, sin intervención de las partes, mediante el cual se llamaba al inculpado y se le oía respecto a los hechos que motivaban las sospechas contra él surgidas, a fin de decretar la detención y prisión, sólo cuando dichas sospechas tuvieran fundada confirmación, presentando al inculpado como presunto culpable.

El 25 de junio de 1973, se promulgó la Ley 1251 de Procedimiento Penal, que derogó la hasta entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal y estableció el procedimiento de la Audiencia Verbal para el aseguramiento de los acusados, con la participación de las partes. Mediante la Audiencia el Tribunal disponía, por resolución fundada, la medida cautelar procedente, interviniendo el Fiscal y el detenido asistido del defensor que designare o del de oficio, otorgándosele al tribunal la posibilidad de prescindir del acto en algunos casos de delitos contra la Seguridad del Estado.

El 13 de agosto de 1977, fue puesta en vigor una nueva Ley de Procedimiento Penal, La ley número 5; la cual eliminó el Procedimiento de Audiencia Verbal; y en el año 1994, mediante el Decreto Ley 151, se modificó la Ley Procesal, pudiéndose referir entre los cambios más significativos que introdujo, la facultad concedida a la Policía Nacional Revolucionaria para imponer determinadas medidas cautelares, y que se responsabilizó al fiscal con la imposición de cualquiera de las previstas en Ley, durante la fase instructiva, sin necesidad de aprobación judicial.

Creemos que para sustentar el criterio de los investigadores y los expertos consultados, en relación a que las medidas cautelares deben ser aprobadas por los Tribunales, resultaría conveniente en primer lugar, saber cuáles son los argumentos a refutar, y cuales han sido las motivaciones del legislador cubano, al introducir los cambios antes aludidos. No es costumbre legislativa la exposición de los motivos que dan lugar a las modificaciones, por lo que respecto al tema que estamos tratando sólo hemos recibido impresiones y opiniones que podrían resumirse en el siguiente fragmento tomado de un trabajo del Licenciado José Candía Ferreira, el cual data de 1991, y que a continuación cito: “ *En cuanto a la detención y el aseguramiento del acusado, es preciso estudiar profundamente los cambios que podrían introducirse para resolver éste trámite en un tiempo menor y con la garantía suficiente en cuanto*

a lo apropiado de las decisiones que se adopten, y en estos momentos, no son pocos los que consideran que la facultad de disponer la medida cautelar que debe aplicarse al acusado debe quedar en manos del Fiscal, sin que tenga que someterla a la aprobación del tribunal competente. El argumento esencial en éste sentido está dado porque esta intervención del Tribunal al solo efecto de decir la última palabra respecto a la medida dispuesta rompe con la sistemática general de la fase preparatoria, la cual se realiza por el instructor bajo el control del Fiscal. Por otra parte, esa intervención del tribunal implica que emita un juicio anticipado sobre el hecho, las pruebas acopiadas y la personalidad del acusado como autor… el tribunal para adoptar su decisión cuanta solamente con lo que aparece en los documentos, sin haber tenido contacto alguno con el acusado y sin conocer los detalle y circunstancias que no pueden reflejarse con total fidelidad en las actuaciones en esos momentos, por lo que en casi la totalidad de los casos ratifica lo que el Fiscal, más relacionado con la investigación de los hechos ha dispuesto" [265]. También se aluden en la presentación de la edición actualizada, anotada y concordada en 1997, de la ley de Procedimiento penal, al referirse los autores a las innovaciones que introdujo el mencionado Decreto, motivaciones de rendimiento práctico y logro de una mayor celeridad.

Si bien nadie discutirá que el cumplimiento de la celeridad y el cumplimiento del principio de pronta justicia son indicadores que hablan positivamente de la calidad del proceso, creemos que tales principios se distorsionan, cuando pretendemos lograr su cumplimiento por derroteros que conducen a la desproporción y al desatino, pues si algo debe caracterizar al ideal de justicia es la ecuanimidad y la mesura.

Tampoco coincidimos con la valoración de que la intervención del tribunal en decisiones que se toman durante la fase preparatoria, rompan con la sistemática general de éste momento procesal, y en todo caso bastaría introducir las reformas convenientes para que quede establecido en la Ley, de una manera concreta, el contenido de las funciones y el alcance de las facultades del sujeto jurisdiccional en las etapas sumarial e intermedia.

[265] Candia Ferreira, José. "Problemas actuales de la legislación procesal penal". Revista Cubana de Derecho, abril-junio de 1991 pp 66 y 67.

La inconveniencia de que el juez emita un juicio anticipado parece ser el argumento más lógico. Coincidimos en que los jueces del juicio al conocer previamente la causa que deberán decidir, pueden incorporarse al debate con criterios preconcebidos sobre el caso, pues en obediencia al principio de imparcialidad, las funciones de instruir y sentenciar no son compatibles, y por ende si las decisiones que aprueba el juez en la fase preliminar, implican su contacto directo con el acusado y la prueba acumulada, ello puede provocar en su ánimo prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado, que influyan en su psiquis al momento de dictar sentencia; es por ello que el Tribunal Constitucional Europeo de Derechos Humanos sentenció la incompatibilidad del juez instructor y el juzgador: el primero no puede ser miembro del tribunal cognoscente en causas en las que ha intervenido en la investigación preliminar.

Ahora bien, no creemos que nuestra propuesta tenga que afectar necesariamente la imparcialidad del juez, obligándolo a intervenir en las diferentes etapas de un mismo proceso. Pudiera establecerse al respecto la causal de excusa correspondiente, u ofrecerse otras formas que delimiten las funciones o facultades de los jueces que concretamente intervengan en las decisiones que anteceden al juicio oral. No obstante, resulta interesante la apreciación de determinados autores al no considerar que la imparcialidad como concepto puro sea realizable, alegan pues que la intervención o no del juez en decisiones adoptadas en la fase previa al juicio oral, mantendrá latente la defensa de su responsabilidad con tales acuerdos; pero no afectará el atributo consustancial al juez, de no tener interés alguno de beneficiar o perjudicar al reo.

Pensamos además, que debe existir un procedimiento oral para la discusión de los fundamentos de las medidas cautelares en aras de revisar su procedencia, posibilidad de revocación o sustitución, pero el hecho de que no exista éste mecanismo en nuestra Ley, no debe ser sustentado como un motivo para que el juez no decida al respecto.

Como se ha visto el tema que abordaremos está estrechamente relacionado con la organización judicial que cada sistema adopta, pero creemos que la materialización

de una garantía tan importante no ha de hacerse depender de meras cuestiones organizativas, cuando lo realmente acertado es que la forma de organización judicial esté en función del cumplimiento de las garantías y derechos ciudadanos. Veamos pues, el tratamiento dado al tópico por algunas legislaciones:

El Código Procesal Modelo para Ibero América, atribuye al juez toda facultad de aprobación, de aquellos aspectos que afectan garantías y derechos fundamentales y enuncia entre sus principios básicos el del juez imparcial.

El Código Procesal Italiano, vigente a partir del 24 de octubre de 1989, eliminó la figura del juez instructor que en el Código anterior era el órgano titular de la instrucción formal e instituyó la figura del juez para las investigaciones preliminares, el cual no realiza investigaciones, sino más bien tiene una función de garantías para el imputado y de control de las actuaciones del Ministerio Público. Los poderes del Ministerio Público han sido claramente limitados en lo que concierne a la facultad de incidir en la libertad del imputado. Todos los requerimientos deben dirigirse al juez para las investigaciones preliminares, el cual debe intervenir, cuando se necesita decidir en materia de libertad y dictaminar sobre el requerimiento del Ministerio Público en cuanto a admitir o no las medidas cautelares personales. Dentro de las 24 horas posteriores al arresto, el Ministerio Público, si no ordena la libertad del detenido, necesita la convalidación de la figura judicial antes citada. La falta de dicha convalidación vuelve al arresto ineficaz. Dentro de las 48 horas siguientes, el juez para las investigaciones preliminares, determina y preside la Audiencia de Convalidación, con la participación necesaria del defensor del arrestado. La convalidación tiene como finalidad verificar la legitimidad de actuación de la autoridad que ha procedido al arresto, pero no legitima el seguimiento de la detención. Para tal finalidad en los casos que lo amerita, el juez para las investigaciones preliminares, a solicitud del Ministerio Público autoriza la aplicación de medidas preventivas.

En la Ordenanza Procesal Penal alemana[266], en su estado vigente hasta 1973, la detención preventiva del inculpado solo puede llevarse a cabo en virtud de orden

[266] ROXIN CLAUS, en Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Madrid. España. 2000, p.p 249-264, al tratar el tema de la medida cautelar de prisión provisional precisa que en Alemania como presupuestos formales para su aplicación se exige que debe existir una orden de detención escrita del Juez y el detenido debe ser conducido

escrita de autoridad judicial competente, por lo que el aprehendido debe presentarse inmediatamente ante el juez competente para que, dándole la oportunidad de defenderse decida su constitución en prisión emitiendo la orden escrita, lo la falta de mérito para ello. La efectiva constitución de la prisión, necesaria para encarcelar durante el procedimiento a un individuo, resulta en la ordenanza alemana, una resolución de mérito del juez, que posibilita la detención preventiva, y su efecto inmediato es la orden escrita de prisión, necesaria para encarcelar durante el procedimiento a un individuo. Efectivizada la orden, el juez está obligado a escuchar de inmediato al detenido y a resolver sobre la prolongación de la detención, La resolución que se dicte debe ser fundada: motivada en hecho y en Derecho. En fin, una revisión del articulado procesal de la Ordenanza, en este sentido, permite apreciar que se coloca al juez como el único habilitado para decidir sobre la admisibilidad y prolongación de una detención, correspondiéndole además la facultad de poder suspender la ejecución de una orden de detención y adoptar medidas menos radicales cuando éstas funden suficientemente el pronóstico de que el fin de la detención preventiva puede ser alcanzado mediante ellas. También éste procedimiento faculta al juez para determinar la clase y el importe de la caución a prestar según su libre apreciación y prevé la posibilidad de realización de una audiencia oral para la discusión del fundamento de la prisión preventiva y la procedencia de la libertad caucionada.

El Código de Costa Rica establece que cuando la autoridad judicial haya aprehendido a una persona, deberá ponerla con prontitud en la orden del Ministerio Público, para que éste si lo estima necesario solicite al juez la prisión preventiva. La solicitud deberá formularse en todo caso dentro de las 24 horas posteriores a la captura. El Ministerio Público podrá ordenar la detención que tampoco podrá superar las 24 horas, pues si determina que la persona debe quedar detenida por más tiempo, la pondrá inmediatamente a la orden del tribunal del procedimiento preparatorio y le solicitará ordenar la prisión provisional o cualquier otra medida

inmediatamente, a más tardar al día siguiente posterior a la aprehensión ante el Juez que emitió la detención, quien tiene tres deberes; ordenar el anoticiamiento a un pariente o a una persona de confianza del detenido, tomarle declaración al imputado inmediatamente y finalmente, tiene que decidir si la orden de detención puede ser conformada o si debe ser revocada.

sustitutiva. En caso contrario ordenará la libertad. La prisión preventiva solo podrá ser acordada mediante resolución judicial fundada. El tribunal también aprueba cualquiera de las medidas sustitutivas que prevé el Código y en el caso de cauciones fija su importe y clase, decide además sobre la idoneidad del fiador y sustitución de la caución. El tribunal aún de oficio y en cualquier estado del procedimiento, por resolución fundada, revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares y las circunstancias de su imposición.

La Constitución de la República de Cuba promulga el respeto absoluto del principio del derecho a la libertad personal y la inviolabilidad de la persona, al señalar que nadie puede ser detenido, sino en los casos y con las formalidades y garantías que prescriben las leyes, y consagra además el principio de presunción de inocencia. Estos principios a su vez se reiteran en la ley adjetiva penal, pero de las valoraciones realizadas anteriormente se evidencia que nuestro sistema procesal no se adecua a la vigencia de tales estatutos constitucionales.

La restricción de la libertad personal durante el proceso penal implica vulnerar la libertad de quien no ha sido declarado culpable ya que sólo la sentencia condenatoria dictada por un Tribunal competente es el único título legítimo que el estado puede emitir para restringir el derecho del imputado a su libertad personal, por lo que dicha restricción debe ser establecida por un órgano despojado de parcialidad e interés en el proceso, en aras de lograr un equilibrio entre las partes que intervienen en proceso y con ello otorgarle las debidas garantías procesales al inculpado.

Necesariamente el proceso penal es un campo de conflicto entre los derechos de los individuos sometidos a él y el interés estatal de reprimir los delitos, pero la eficacia del sistema debe vincularse a la protección de ambos intereses, y este modo de decidir la situación procesal del acusado, vulnera los principios que informan el debido proceso, por la evidente desproporción que se muestra respecto a la parte acusada; desnaturaliza el concepto de parte y refuerza el carácter inquisitivo de la fase preparatoria, ya que el Fiscal se erige en Juez y parte, y deja al acusado en estado de indefensión, al no contar con un órgano independiente que decida sobre la

procedencia de la medida cautelar, por ser únicamente posible, como se ha manifestado, impugnar dicha medida recurriendo en queja al propio Ministerio Público.

El tratamiento que actualmente se concede a las medidas cautelares en Cuba no obra del mismo modo en otros países, y a manera de ejemplo, citamos acerca de su concepción en España.[267] Donde se establece como procedimiento de aplicación de la medida cautelar de prisión provisional que mientras que el proceso se halle en la fase de instrucción, sólo podrá decretar la prisión provisional el Juez de instrucción o el que forma las primeras diligencias o el que en virtud de comisión o internamente ejerza las funciones de aquel (art. 502 y 785, octava; Ley de Enjuiciamiento Criminal), a través de un debate contradictorio que se lleva a cabo mediante la realización de una comparecencia en la que participan obligatoriamente el Ministerio Fiscal, y el imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio. En dicha audiencia podrán proponer los medios de pruebas. Contra la resolución que dicte sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación.

Todo ello nos permite afirmar que las modificaciones que se introdujeron en el procedimiento penal de nuestro país, a partir de la promulgación de la Ley No 5 de 1977, y su reforma por el Decreto Ley 151 de 10 de junio de 1994l, no garantizan que el equilibrio se reafirme en nuestro ordenamiento procesal.

De la posibilidad de recurrir la decisión de aseguramiento del acusado.

Otro aspecto que relacionado con el tema queremos tocar es lo relacionado al recurso que respecto a las medidas cautelares se pueden interponer, así como la instancia que resuelve los mismos, cuestiones estas que según las regulaciones de nuestra Ley no constituyen en modo alguno una garantía procesal a favor del imputado, porque tanto las solicitudes de modificación, como los recursos, los resolverá siempre el propio órgano que determinó imponer la medida cautelar.

[267]RAMOS MENDEZ, F. en El Proceso Penal, sexta Lectura constitucional, Editora J.M. Bosch. Barcelona España. 2000.pp. 191-198

Una de las exigencias del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, es lo relativo a la posibilidad de recurrir la resolución que ordena la prisión preventiva; y las Reglas Mínimas establecen que si la resolución por la que se adopte la medida es la dictada por la misma autoridad judicial que tenga a cargo la investigación se preverá un recurso de rápida tramitación ante el tribunal superior.

En la Ordenanza alemana los medios para resistir el encarcelamiento preventivo son el examen del detenido (el imputado asegurado a detención preventiva, puede requerir en cualquier tiempo, examen judicial, con vistas a la revocación o suspensión de la orden detentiva) y el recurso de queja para ante un tribunal superior.

Ambos remedios no pueden presentarse conjuntamente, pero el derecho a la queja contra la decisión que se pronuncia contra el requerimiento, no es afectado por ello. Sobre el derecho a requerir debe instruirse al imputado y si la detención preventiva ha durado tres meses, sin que el mismo haya requerido el examen o interpuesto queja sobre la detención, se lleva a cabo de oficio el examen de la detención, a no ser que el imputado tenga un defensor.

En Costa Rica Durante el procedimiento preparatorio e intermedio, la resolución que decrete por primera vez la prisión preventiva, transcurrido los primeros tres meses rechace una medida sustitutiva, será apelable sin efecto suspensivo. También serán apelables sin efectos suspensivos las resoluciones que impongan cualquier otra medida cautelar durante el procedimiento preparatorio e intermedio.

En estos casos se emplazará a las partes por el término de 24 horas y a su vencimiento el tribunal de alzada se pronunciará, sin ningún trámite. Para estos efectos sólo se enviarán al tribunal las piezas indispensables para resolver y no regirá el procedimiento establecido para tramitar el recurso de apelación.

Por otro lado el tribunal, aún de oficio, y en cualquier estado del procedimiento, por resolución fundada revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares.

También se regula la revisión, en el sentido de que el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses los presupuestos de la prisión provisional, según el

caso ordenará su continuación, modificación o sustitución por otra medida, o la libertad del imputado. Después de tres meses de haberse decretado, el imputado podrá interesar la revisión, cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó.

Lo que queremos trasmitir es que es muy dudoso en materias de garantías procesales otorgarle a una de las partes facultades para que tome decisiones que afecten derechos fundamentales del acusado, en tanto ser social que es, como es la libertad, y es mucho más dudoso si tal facultad se le concede precisamente a quien tiene el deber social de acusar y la misma, no solo implica la posibilidad de determinar la medida cautelar a imponer sino además la decisión de resolver el recurso que se presente por la inconformidad con la medida dispuesta. Por ello abogamos que sólo el tribunal podrá hacer pronunciamientos al respecto, pero no el mismo tribunal que mañana le juzgue porque habríamos quedado en las mismas, debemos ir pensando en crear una infraestructura judicial que nos permita contar con tribunales cuya función sea precisamente la de determinar la situación procesal del acusado (entre otras), lo que se hará no mediante días, con una posible entrevista, sino en un término prudencialmente corto y mediante una comparecencia frente al tribunal, con la participación del Fiscal, pero también del acusado junto a su defensor.

Conclusiones

Existe necesidad inmediata que se autorice en nuestra ley adjetiva la defensa técnica e idónea, inmediatamente a la detención o antes de brindar el acusado cualquier declaración, de modo que constituya una garantía a favor del acusado.

Existe una necesidad impostergable que legislativamente se estipule la aprobación jurisdiccional de las medidas cautelares y muy en especial cuando se pretende la de Prisión Provisional, por afectar derechos ciudadanos fundamentales, siendo además necesario que el acusado tenga una participación activa en éste trámite, el que debe hacerse por audiencia con ambas partes y el reo.

Las Leyes procesales que constituyen la génesis de nuestro ordenamiento procesal actual, (Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley 1251 de 1973 y la Ley número 5 de

1977), contemplaban la aprobación jurisdiccional de las medidas cautelares; representando las modificaciones introducidas al respecto por el decreto Ley 151 de 1994, un total retroceso legislativo en tal sentido.

Las principales limitaciones que en la Fase Preparatoria presenta la Ley de Procedimiento Penal al introducirle las referidas modificaciones son que no se concede la condición de parte al acusado desde el inicio del proceso, sino a partir de que se le impone alguna medida cautelar, lo que impide intervenga en un número importante de acciones de instrucción durante la fase preparatoria, así como la ausencia durante la fase preparatoria de una audiencia verbal que permita decidir al tribunal sumariamente, sobre la base de los hechos conocidos hasta el momento, como tercero imparcial, en cuanto a la imposición de las medidas cautelares; a la que comparezcan el acusado, su defensor y el Fiscal.

El principio del derecho a la defensa en la fase preparatoria de procedimiento penal cubano y la victimización terciaria

YULEIDYS RUBIO RODRÍGUEZ*
NURIA PÉREZ SÁNCHEZ**

Introducción

El tema objeto de investigación, aborda la problemática que presenta el fenómeno de la victimización terciaria de los imputados, cuando van a ejercer su derecho a la defensa material y técnica en nuestro contexto, ello evidencia la necesidad de realizar estudios que nos permitan caracterizar y determinar los elementos que inciden en los procesos de victimización en el desarrollo e implementación del procedimiento penal cubano, en especial a tenor de la concreción legislativa del principio antes mencionado, siendo necesaria la corrección de una política que posibilite el perfeccionamiento de la regulación de garantías esenciales para facilitar una correcta impartición de justicia.

Desde cualquier arista del saber humano, el tema victimológico es motivo de preocupación de los científicos vinculados al perfil, pues desde sus inicios se le atribuyó un escaso desarrollo teórico a la Victimología, el que es perceptible en la actualidad a través de la controversia existente entre criminólogos y victimólogos, acerca de la autonomía de esta materia o la pertenencia de su saber al objeto de estudio de la Criminología, siendo este uno de los nudos teóricos que se manejan con frecuencia por los estudiosos del tema.

Las diversas ramas de la investigación humana hacen que la Criminología no se exteriorice de una manera independiente, sistemáticamente cultivada, sino que llega a reunir todas estas piezas dispersas y con ello se desarrolla una disciplina propia, llamada Criminología, la que desde su propio nacimiento se vio obligada a librar importantes batallas por alcanzar la independencia como ciencia.

La línea de estudio de sus precursores, los métodos empleados y la finalidad con que eran utilizados los resultados científicos obtenidos, se convertían en sólidos

argumentos de quienes reclamaban la dependencia de la Criminología como ciencia. La controversia parece en nuestros días cosa del pasado, toda vez que hoy existe determinado consenso en el reconocimiento de los aportes y la autonomía de la lozana materia, reservándole los espacios para polemizar y reclamar su territorio dentro de la academia en la contemporaneidad, a la Victimología.

Los estudios sobre víctimas de todo tipo, a partir de la primera mitad del siglo XX y específicamente en 1946 con la obra *New Biosicho-social horizons victimology* del profesor de origen israelí y nacionalizado en los Estados Unidos de América Benjamín MENDELSHON, se convertían en temas obligados de los que se adentraban en los saberes criminológicos de la época. El despertar y la aceptación de las primeras tesis estuvieron marcados por los devastadores resultados de las dos guerras mundiales sufridas por la humanidad y los millones de víctimas desamparadas resultantes. Finalmente encontraban tutela en un saber naciente, la Victimología.

El pronto auge que cobraba el tema y la presión ejercida por los movimientos sociales que en este contexto se erigían como protectores de las víctimas, instó sin opción a los Estados a adoptar un sin número de regulaciones en pos de hacer efectiva su protección. La olvidada víctima del proceso penal anterior se convertía de la noche a la mañana en la protagonista del proceso penal.

El nuevo rol asignado a la víctima, inclinaba la balanza del poder punitivo del Estado contra el victimario, por lo que se hacían comunes las reformas legislativas para incluir nuevas modalidades delictivas o elevar los marcos sancionadores de las ya existentes. Se arreciaban los procedimientos policiales para la determinación y esclarecimiento de los hechos acontecidos y se aumentaba el rigor del internamiento así como de las condiciones en que se extinguían las penas.

Tanto fue el auge de desarrollo que la Victimología tomó, que alcanzó a determinar procesos victimizadores en los procedimientos creados al efecto procesal de proteger a la víctima del delito y en los mecanismos para exigir responsabilidad a los victimarios, ubicando al acusado como víctima de la potestad punitiva del Estado en

sus dimensiones legislativa, policial, judicial y penitenciaria. Denominándolos victimización secundaria y terciaria respectivamente.

Es por ello que el Derecho penal y la Criminología en las condiciones sociales actuales, requieren con urgencia aunar criterios prácticos de acción para solucionar los problemas relacionados con el aumento de la criminalidad, y las garantías procesales para los que ostenten la posición de acusado. Para ello es necesario lograr un mayor entendimiento entre ambas disciplinas, que no pretenda supremacía entre la posición de la víctima y el acusado, sino por el contrario equivalencia de sus garantías y derechos.

Cierto es que un gran número de teorías académicas de ruptura con el Derecho penal, gozan de gran prestigio por el rigor técnico de sus postulados y lo activo de sus presupuestos, pero dejan sin respuesta a cuáles son los caminos concretos para lograr un esfuerzo integrado por penalistas y criminólogos para hacer más benigno el sistema de justicia penal y mitigar las consecuencias sociales y jurídicas de la victimización terciaria en el proceso penal cubano.

Lo antes planteado se manifiesta a través del nivel legislativo del principio del Derecho a la Defensa en la Ley de Procedimiento Penal (Ley 5 de 1979), por lo que no es cuestionable en esta investigación, si este derecho ha sido reconocido o no en las leyes cubanas, pues éste, es perceptible en el ordenamiento jurídico, lo interesante está, en el modo en que la legislación procesal ha dispuesto su ejercicio en correspondencia con su interés por tutelar los derechos del acusado, lo que se ha dicho del Derecho a la Defensa, cómo se ha definido conceptualmente, y la forma en que logra victimizar a los que se encuentren en calidad de acusados, son algunas de las cuestiones que se tratarán desde un enfoque doctrinal, seguido de un estudio de la evolución que esta institución ha tenido luego de siglos de existencia.

El principio procesal antes mencionado, expresa MENDOZA DÍAZ,[268]que comprende, la adquisición del estatus de parte, el acceso a la Justicia, el derecho a la última palabra y el derecho a impugnar. Serán analizados en esta investigación el primero y

[268]MENDOZA DÍAZ, J., Temas para el estudio del proceso penal, t. I, ed. Félix Varela, 2006,pp. 64-66.

el segundo de estos elementos, en coherencia con las disposiciones tomadas en la fase preparatoria del procedimiento penal cubano.

Disímiles son las falencias que enfrentan los operadores del sistema penal cubano debido a los distintos momentos de la victimización terciaria. Esta comienza en las carencias de nuestras leyes penales, unidos a la resistencia que en determinados círculos profesionales, se le hacen a las tesis desarrolladas desde la "Victimodogmática". Estos elementos en su conjunto, han retardado las proyecciones necesarias respecto a la asimilación de la figura del acusado en su condición de víctima en el proceso penal.

A su vez, en la práctica jurídica actual, subsisten deficiencias que debilitan el ejercicio amplio y eficaz del Derecho a la Defensa tanto en su aspecto **material** como **técnico**, convirtiendo a los acusados en víctimas del propio proceso penal. Lo anterior implica que se afecta la calidad de la justicia a la que se aspira y sea aún un ideal, por lo que el tema en cuestión mantiene su plena vigencia para continuar siendo analizado.

Entre las principales problemáticas encontramos las siguientes: *Las falencias observadas en la Legislación adjetiva en torno al tema inciden negativamente en el ejercicio de la defensa material del acusado al carecer de la facultad de proponer pruebas, participar y controlar la práctica de las que existen en su contra; la falta de acceso a las actuaciones; la no notificación de determinadas resoluciones y la secretividad excesiva de actuaciones en procesos no notificados; el derecho del acusado a contar con el asesoramiento técnico desde el momento de la detención, participar acusado y defensor en todas las acciones de instrucción; examinar el expediente conjuntamente defensor y defendido; la imposibilidad de contar con copias de las actuaciones, la facultad del defensor para realizar investigaciones propias y acompañarse de expertos de su elección e inexistencia del abogado de oficio (en caso que no lo pudiere nombrar el acusado), desde el comienzo del proceso.*

La Victimología como Ciencia y su objeto de estudio.

La incorporación de la víctima como parte del objeto de estudio de la criminología resultó uno de los puntos determinantes para el otorgamiento del estatus de ciencia por parte de la academia a la Criminología.

Respecto a esta polémica según MANZANERA han existido tres posiciones:[269]

1. Los que consideran la Victimología como un apéndice de la Criminología, esgrimiendo criterios tales como que la víctima y desde luego su importancia solo es una consecuencia de la acción del delincuente, que en unión de esta dan lugar al delito por lo que sería un error separarlos, pues solo tiene importancia como pareja criminal.
2. Los que consideran la Victimología como ciencia autónoma sostienen este fundamento sobre la base de que como objeto de estudio no solo se restringe a la víctima sino que se encarga de la victimidad. Por lo que su estudio estará dirigido a las causas de la victimidad trascendiendo los límites del delito y por ende a la criminología.
3. Los que niegan su existencia, alegan que ha existido un exceso en la adopción y rescate de la víctima y que independizarla del fenómeno criminal es producto del residuo de las concepciones separadas de la criminalidad.

Es un presupuesto necesario para la precisión del objeto de estudio de esta materia, establecer el reconocimiento del carácter científico de su sistema de conocimientos.

Luis Rodríguez Manzanera identifica el objeto de estudio de la Victimología a partir de tres elementos fundamentales:[270]

- El nivel **individual** representado por la víctima.
- El nivel **conductual** relativo a la victimización.
- El nivel **general** correspondiendo con la victimidad.

[269] Vid. Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología,* 4ta. edición, ed. Porrua S.A, México, 1998, p. 20 ss.
[270] Ídem, p. 28.

Se define etimológicamente como: un término que se consideraba originalmente, "una voz latina que designa la persona o animal sacrificado, o que se destina al sacrificio." Sin embargo, la sociedad ha hecho evolucionar este concepto desde su origen religioso hasta hoy, incorporándole nuevos elementos: "Persona que padece por culpa ajena o por causa fortuita."[271]

Dada la carencia de instrumentación legal que se observaba para el tratamiento a las víctimas a raíz de su redescubrimiento, tanto en materia penal como de cualquier otra naturaleza, su definición jurídica no la encontramos sino restringida a la fórmula abstracta de los supuestos legales, en los que por demás no siempre coinciden víctima y sujeto pasivo. Al respecto NEUMAN plantea "La descripción de un Código Penal con sus tipos, muchas veces no alcanza por su propio vacío a ciertos hechos criminales de nuestro tiempo, y ciertos delincuentes, que por ineluctables razones, no llegan al banquillo de los acusados. No es posible continuar con la idea de la víctima codificada como contrapartida de la actividad del criminal, también codificada, menos aun, como mero objeto de estudio de la Victimología"[272]

El concepto de víctima de delitos, debe además generalizarse a las personas morales y a la sociedad misma, no puede identificarse su definición con el marco estrecho de la persona natural que ha sufrido un daño, pues también sus familiares, dependientes, grupos sociales y comunidades, sufren las consecuencias de ese daño y de alguna manera resultan victimizadas. Cuestión que es de aplicación extensiva a todas las tipologías de víctimas, por lo que si el acusado se convierte en víctima del Sistema penal igualmente deberíamos hacer extensiva la victimización a las extensiones que propone la definición amplia de víctima. Enfoque éste que ni en los estudios teóricos más importantes dedicados al desarrollo de la victimología, se trata con regularidad.

La victimización

En sentido estricto se entiende por victimización toda acción y efecto de victimizar a otros; sin embargo este fenómeno contiene una extensión que sobrepasa esta

[271] Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, *Aristos*, 1985, p. 648.
[272] Vid. Neuman Elías, *Victimología*, 2a edición, ed. Universidad Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 28.

definición, apilándose para su estudio en tres horizontes: la victimización primaria, secundaria y terciaria, siendo esta última de mayor interesa para el trabajo en cuestión.

Victimización primaria: Esta modalidad se conforma mediante las acciones que produce directamente el victimario contra su víctima durante la ejecución del hecho delictivo, donde resulta lesionado el bien jurídicamente protegido y por lo tanto se infringe a la persona el daño físico, psíquico, sexual o material (según sea el delito cometido) es el momento donde se registran elementos importantes de la conducta del comisor del hecho y de su víctima. Las que pueden contribuir a la explicación de las motivaciones del autor y al esclarecimiento del hecho, así como a la prevención victimal.

Victimización secundaria: A diferencia de la anterior esta victimización es referente a la respuesta del sistema legal a las expectativas de la víctima y la actitud de ésta ante el mismo, lo que se convierte en un indicador importante de la eficacia de la Justicia; también se le denomina revictimización por referirse a los nuevos sufrimientos, de la víctima durante el proceso penal.[273]

Las investigaciones victimológicas realizadas en distintos países (México, Argentina, Estados Unidos, Alemania, etc.) dirigidas a comprobar las actitudes de las víctimas hacia los operadores del Sistema Legal revelan insatisfacciones vinculadas a la falta de confianza en la Justicia, miedo a la represalia del acusado y sus familiares, sentimientos de indefensión, vergüenza, e impotencia.[274] Situación que se agudiza producto del tratamiento que se le otorga durante el proceso investigativo como objeto de derecho, a partir de legislaciones adjetivas que sólo le reconocen su condición de víctima-testigo o sencillamente la omiten en el proceso.

[273] Vid. por todos, Rodríguez Manzanera, *Victimología, estudio de la víctima*…,*ob. cit.*, p. 73 y García Pablos de Molina, Antonio, "El redescubrimiento de la víctima, victimización secundaria y programas de reparación del daño", Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 290 ss.

[274] PARA UNA MAYOR PROFUNDIZACIÓN DE LOS RESULTADOS ARROJADOS POR INVESTIGACIONES DE ESTA NATURALEZA SUGERIMOS LA REVISIÓN Y CONSULTA DE LAS SIGUIENTES OBRAS GUZMAN, WUALFFER, "INDEFENSIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO", ANUARIO JURÍDICO UNAM, S/N., MÉXICO, 1995 Y ÁVILA FÉLIX, ANTONIO, "LOS NUEVOS ROLES DEL JUEZ Y EL FISCAL EN EL PROCESO PENAL", ED. PROYECTO DE FORTALECIMIENTO DEL PODER JUDICIAL DE HONDURAS, AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ESPAÑA, 2001.

El trato inadecuado a las víctimas por parte de los operadores del Sistema Legal, las torna llenas de reservas y miedos que se traducen en falta de cooperación para el esclarecimiento de los hechos debido a la desconfianza en la Justicia, cuestión ésta nada plausible si se toma en cuenta que el principal testigo de cualquier hecho es la víctima del mismo y que la falta de empatía y seguridad durante la investigación puede conducir a la impunidad del mismo.

Victimización terciaria: Es la victimización que detalla las situaciones en que un detenido o acusado puede resultar victimizado por parte de los operadores del sistema legal durante la fase de investigación, juzgamiento y ejecución de la sentencia. Obsérvese que esta tendencia extiende la problematización victimológica hasta la persona del criminal, cuando sus derechos o bienes pueden resultar vulnerados en tales circunstancias. La Doctrina ha identificado al menos cuatro momentos en que pudiera resultar victimizado un imputado, y de estos haremos énfasis en los dos que se suceden en la fase preparatoria del procedimiento penal cubano.

HASSEMER y MUÑOZ CONDE sostienen que, "el reconocimiento y posterior desarrollo teórico de la victimización terciaria o lo que es lo mismo la ubicación del delincuente como víctima potencial ante el Sistema penal acabó con los límites iniciales que la misma victimología se había impuesto, al ocuparse en absoluto de la clásica víctima".[275] El nuevo horizonte al que se dirigía la victimología dotó de objetividad los futuros estudios pues en una relación como la que se establece entre la ya enunciada "pareja penal", resulta prácticamente imposible establecer responsabilidades unilaterales o unidireccionales.

Otro de los temas de necesaria referencia a la hora de abordar la victimización es la victimidad, ya que constituye uno de los puntos de partida para establecer la proclividad de victimización de cada uno de los niveles abordados *supra* en un sujeto individual, una comunidad o un determinado grupo social.

MENDELSHON define la victimidad como la totalidad de las características (biológicas, psicológicas y sociales) comunes a todas las víctimas en general, que la sociedad

[275] Vid. Hassemer Winfried y Muñoz Conde, "Introducción a la Criminología y al Derecho penal", documentos en la Red. del Tribunal Supremo Popular.

desea prevenir y combatir, sin importar cuales sean sus determinantes (criminales o de otra naturaleza).[276]

De ello se colige que considera víctima toda persona que sufre como consecuencia de un evento de cualquier naturaleza; pues evidente resulta que imaginaba este saber con pretensiones de autonomía.

La mayoría de los victimólogos e investigadores coinciden en afirmar que el conocimiento de la personalidad de la víctima, sus características y las condiciones objetivas y subjetivas en que se produce la victimización, pueden contribuir a la comprensión del hecho delictivo concreto; de la misma manera que los estudios realizados desde una óptica grupal o social, pueden aportar información útil sobre el fenómeno criminal, así como para la prevención especial y general. Aspectos que en escasas ocasiones son tomados en cuenta a partir de la orientación del Sistema penal.

Victimización terciaria (víctima o victimario).

Luego del olvido irrefutable que sufrió la víctima en los procesos penales contemporáneos, los estudios criminológicos sobre victimología se centraron en los dos niveles iniciales de victimización, es decir, la victimización primaria y la secundaria. Pero a nuestro entender la preocupación por el rescate y dignificación de la víctima ha tenido una consecuencia directa, la potenciación de la victimización terciaria sostenidas desde diferentes fundamentaciones a partir del propósito de cada ponente.

Los que enarbolan fines preventivos sostienen que solo el recrudecimiento de las leyes, las penas y las formas de extinción se logrará una verdadera prevención ya sea del trasgresor o de la sociedad. Correspondiendo ello con los niveles especiales y generales respectivamente que la doctrina sustenta, en la prevención, único camino para evitar la reincidencia por parte del comisor y la abstinencia por parte de la sociedad a delinquir.

Familiar resulta escuchar en la práctica jurídica las nefastas frases; “si tengo que decidirme por alguien lo hago por la víctima aunque mi apego a ella resulte

[276] Mendelshon, Benjamín, *ob. cit.*, p. 55 ss.

perjudicial para el acusado" o "el estado debe contar con todo el tiempo, todos los recursos y medios para la investigación de delito pues el comisor contó con todo ello antes de realizar su acción delictuosa, lo que justifica cualquier actuar de los funcionarios en pos de esclarecer los hechos". Estas tendencias olvidan la finalidad del Derecho, la que es sin lugar a dudas, no es otra que lograr la justicia pero por encima de todo, con plena observancia de los principios de legalidad e imparcialidad por solo citar dos elementos.

Es exigida por la investigación que se realiza, el estudio de la obra de la Dra. Ángela Gómez, por sus aportes a partir de la articulación de preceptos teóricos contemporáneos y la realidad de nuestro desarrollo teórico y práctico en este sentido, haciendo extracción de los cuatro momentos de la victimización terciaria que dicha autora destaca en sus publicaciones,[277] dentro de las que encontramos:

Momento Legislativo: Este tipo de victimización se registra en el ámbito político criminal cuando se violentan los límites de la dogmática jurídica y el Derecho Penal se hipertrofia a partir de una inflación de las tipologías penales con ignorancia del principio de *mínima intervención penal* en virtud de otro principio no menos importante que es el de *la relevancia de los bienes jurídicos protegidos;* por lo que el Derecho Penal pierde su condición de *última ratio* y como apunta Roxín, la consecuencia sería "un ejército de ciudadanos con antecedentes penales." También puede el Legislador victimizar cuando quebranta los límites del principio de proporcionalidad, precisamente por la falta de correspondencia entre el bien jurídico protegido y la reacción excesiva de la respuesta, es decir sanciones muy severas en relación con los resultados de la acción típica y antijurídica.

Momento Policial: Relativo a prácticas ilícitas por parte de los operadores del sistema durante el proceso investigativo que pueden violentar derechos del imputado tales como su vida o integridad corporal, su libertad, etc.

[277] Vid. Gómez, Ángela, *ob. cit.,* p. 319. La Dra. Angela resulta ser una de las criminólogas que más ha impulsado y defendido los estudios sobre Victimología en nuestros predios, erigiéndose como referente de obligada consulta para todo el que intente introducirse en el complejo campo que resulta ser la victimología en sentido general y de forma particular en Cuba a partir de los elementos y factores que participan en dicho entramado.

Momento Judicial: Se asocia a los errores judiciales vinculados al grado de profesionalidad de los Jueces, a los vaivenes de la Política Penal y a la subjetividad de estos funcionarios.

Momento de la Ejecución: Referida a la victimización carcelaria fundamentalmente, debido al cuestionamiento que en nuestros tiempos marca a la pena privativa de libertad por sus efectos estigmatizadores y poco resocializadores. Esta reflexión alcanza los errores o violaciones del régimen penitenciario que se registran en la actividad intra-institucional y que afectan al recluso a partir de la situación de desventaja en que se encuentra una persona privada de su libertad, cuyos derechos públicos han sido desmontados.[278]

A tenor de la temática que se investiga, serán objeto de análisis esencialmente dentro de la victimización terciaria los momentos legislativo y policial, en coherencia con la regulación del principio del derecho a la defensa en la fase preparatoria del procedimiento penal cubano.

El Derecho a la Defensa como garantía en la Constitución cubana

La Carta Magna o Ley de Leyes, es por excelencia el instrumento jurídico supremo regulador de todo el conjunto de derechos y garantías existentes en un Estado, de ella emanan las disposiciones fundamentales que dan vida a la estructura jurídica que aquel tendrá. De ahí la importancia del reconocimiento en la forma más

[278] Vid. Manzanera Rodríguez, Luis, *Criminología*, *ob. cit*., p. 122 ss, en cuanto a las políticas instrumentadas en algunos de estos momentos de victimización el autor coincide Manzanera cuando expone: en la POLÍTICA LEGISLATIVA observamos dos fenómenos interesantes, la inflación penal y la superstición de la ley, los que han sido abundantemente estudiados por los criminólogos contemporáneos, y se consideran en todo el mundo como graves problemas a resolver por la Política Criminológica, lo que indica la necesidad más; de deslegislar que de legislar pues en muchas ocasiones la ley en lugar de convertirse en un instrumento regulador o normativo del delito se convierte en un factor criminógeno. En cuanto a la POLITICA JUDICIAL "La formación de un juez no puede ya limitarse a conocer bien la ley, y aplicar correctamente sus preceptos, la formación de los jueces debe comportar su preparación al arte de juzgar, es decir, el arte de comprender también factores y decisiones no jurídicas y a tomarlas en cuenta en sus decisiones". Y nos preguntaríamos, con Roxin, "¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político criminal erróneo?". Por último, la POLÍTICA PENITENCIARIA no puede funcionar adecuadamente por la lentitud del Poder Judicial, que llega a alargar los procesos por más de un año, con la consiguiente aglomeración y superpoblación en la prisión preventiva. Es necesario no sólo transformar las prisiones en instituciones de tratamiento, sino buscar el mayor número de sustitutivos de la pena de prisión, que ya ha demostrado con la mayor amplitud su ineficacia por siglos. El principio por el que debe regirse toda la Política penitenciaria es el principio de necesidad, pues sólo deben ejecutarse las penas estrictamente indispensables para los fines de prevención.

adecuada y abarcadora posible del conjunto de derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, mucho más cuando se trata de aquellos que se relacionan con los ataques que estos puedan sufrir provenientes del poder penal del Estado.

El Derecho a la Defensa en La Constitución de la República de Cuba[37] se encuentra garantizado en el Capítulo VII Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, en el artículo 59 segundo párrafo y expresa que:

"…*Todo acusado tiene derecho a la defensa...*"

A la luz de las opiniones de diversos autores, se aprecia la gran importancia que le conceden al Derecho a la Defensa como garantía fundamental o constitucional. En Cuba la Carta Magna reconoce esta garantía, lo que de manera simplemente enunciativa, a sabiendas del valor que tiene, además es evidente que es una garantía para el acusado, la sociedad y el ordenamiento jurídico en toda su dimensión, pero al ocupar un renglón en el texto Constitucional no significa que sea suficiente, siendo imprescindible establecerlo de manera amplia y explicativa, sin que su significado ofrezca dudas y menos aún pierda su sentido auténtico como derecho subjetivo al no expresar desde qué momento goza el imputado del Derecho a la Defensa, mientras en otros cuerpos constitucionales lo exponen de forma más desarrollada, reglamentando además el momento en el que se ha de gozar de tan indispensable Derecho.

Se puede apreciar en la Constitución de la República de Cuba, en el mismo capítulo VII establece el derecho al trabajo, a la salud, a la educación y poseen efectos permanentes para los ciudadanos en general, en cambio el Derecho a la Defensa, protege y ampara a aquellos ciudadanos que adquieran la condición de acusados, o sea, que su práctica es solo para los que en esa condición se encuentren, y su ejercicio no es instantáneo, hay vacilación, y pérdida de tiempo, a diferencia del resto de los mencionados.

Tratamiento en la Ley de Procedimiento Penal vigente del Derecho a la Defensa en la fase preparatoria y la participación del abogado en esta fase

[37] Constitución de la República de Cuba. Artículo 59. P 12.

Antes de entrar directamente en el análisis de la realidad procesal cubana se repasará la opinión de algunos autores de la doctrina nacional e internacional, en relación con la función y participación del defensor durante la fase de investigación.

Roxín y Albin Eser se autointerrogaban *¿"Para que hace falta un defensor, si la fiscalía y el tribunal deben obrar objetivamente? Y con el fino pensamiento que los caracteriza, coinciden en responder, que la Fiscalía y el Tribunal, a pesar de poner de sí su mejor voluntad para reunir objetivamente todos los elementos de la investigación, debido a su deber de investigar por completo los hechos, pueden pasar por alto, o descuidar levemente circunstancias de descargo, o no apreciarlas debidamente en toda su extensión, por lo que para establecer un equilibrio, hace falta un Defensor como polo opuesto al Tribunal o a la Fiscalía, que actúe exclusivamente a favor del acusado."* [41]

El abogado es el que desempeña la defensa técnica, la que entre sus propósitos está ofrecerle a su cliente sus derechos y libertades, de tal modo le informa al acusado lo que conlleva cualquiera de sus acciones u omisiones y le comunica la posición jurídica de éste; al respecto Montero Aroca expresa *que la facultad de que el abogado y el acusado tengan acceso a las actuaciones forma parte integrante del Derecho a la Defensa.* [42]

El distinguido profesor cubano Danilo Rivero considera *"que la defensa debe estar dotada de facultades amplias y autónomas, pues la justicia requiere tanto de una eficiente acusación como de una eficaz defensa, a su vez, ofrece elementos que deben ser considerados en este aspecto, tales como:*

-Establecer el derecho del acusado a contar con el asesoramiento técnico en todas las fases del proceso. La intervención del defensor desde el momento inicial, limitaría el supremo interés por obtener la confesión que continúa siendo en muchos expedientes el centro de los esfuerzos investigativos, máxime cuando el acusado guarda prisión.

-Comprender la facultad del defensor para realizar investigaciones propias, y a

[41] Cit por Rivero García Danilo, en su libro Temas permanentes de Derecho Procesal Penal. Ob cit p 47.
[42] Montero Aroca J. (1997). Principio del Proceso Penal. Tomo III. Editora Barcelona. P 68.

acompañarse de expertos.

-Reconocer el derecho a examinar el expediente, más tarde la causa, conjuntamente defensor y defendido."

-Afirma además que…" *lamentablemente en el modelo que heredamos, el defensor como regla* ***llega tarde****. Situación que ha de revertirse. "*[49]

Shunemann es del criterio que "*…se debe presentar la etapa investigativa lo más contradictoria posible, para la cual hay que fortalecer de manera notable y garantizar la presencia del Defensor, lo que es ilusorio en la fórmula vigente…"*[50]

En el criterio de la autora, se estima correctas a seguir las ideas y conceptos de estos autores, existiendo de una forma u otra coincidencia en sus criterios, basados en ellos para el logro de una adecuada defensa, por lo que es necesario que el defensor asista al proceso desde su comienzo, o sea, desde el momento de la detención, momento a partir del cual se dirigen contra el imputado las primeras acciones de investigación del procedimiento. Es a partir de ahí que más necesita éste de asistencia letrada, pues se encuentra en total desventaja respecto a la parte acusadora, con mayor riesgo de ser incumplidas las garantías procesales que lo amparan, por ello debe existir una comunicación libre y privada entre defendido y defensor, pues la independencia del abogado resulta tal necesaria como la imparcialidad del juez, dentro de un Estado de Derecho.

En la Ley de Procedimiento Penal No.5 es el artículo 249 el que hace referencia al Derecho a la Defensa en la fase preparatoria, vinculado estrechamente con el artículo 250. En estos se dispone que el acusado será parte en el proceso cuando se dicte una resolución decretando cualquiera de las medidas cautelares que autoriza la citada Ley, entonces podrá ser representado por un defensor. Siendo ésta en el criterio de la autora la principal limitación que tiene hoy el ejercicio del Derecho a la Defensa. Por cuanto no es hasta que el instructor o el fiscal, según el caso, dispongan la imposición de una medida cautelar que el acusado será considerado

[49] Rivero García Danilo. Temas Permanentes de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit… p 48.
[50] Shunemann, B. (2005). La Reforma del Proceso Penal. Editorial Dykinson Madrid. P 67

parte en el proceso y, por consiguiente, podrá comenzar a ejercer los derechos que se le reconocen en Ley.

Teóricamente el principio de igualdad de armas le permite al defensor combatir las pruebas que se encuentran en el expediente de la fase preparatoria, después de haber examinado las actuaciones correspondientes, con el interés de negar la acusación que contra su defendido se formula, probar su inocencia o simplemente rebatir pruebas en su contra; sin embargo, a pesar de que esta posibilidad la prevé la Ley, la manera tardía en que se incorpora el defensor al proceso hace que se debilite la pretendida igualdad.

En la opinión de la autora lo racional sería que el acusado por sí mismo o conjuntamente con el abogado que lo representa, tenga pleno acceso desde su detención a todos los pormenores de la investigación que contra él se sigue; pueda participar, si así lo interesan, en aquellas acciones de instrucción fundamentales del proceso, inclusive, deberíamos aspirar en una Ley futura y mucho más avanzada, a que la defensa tenga facultades de investigación propias y acompañar al proceso expertos de su confianza.

El acusado que no ha sido asegurado procesalmente, su capacidad defensiva

A pesar de toda la problemática que hasta el momento se observa, aún no terminan las insuficiencias que impiden el logro de una adecuada defensa, pues en virtud de lo que estipula la Ley de Procedimiento Penal No.5 en su artículo 249, tratado anteriormente, el acusado será parte en el proceso cuando se dicte una resolución decretando cualquiera de las medidas cautelares que autoriza la citada Ley, entonces podrá ser representado por un defensor, pero veremos qué sucede si no se decreta contra el acusado ninguna medida cautelar y se dispone su libertad con cargos.

El artículo 283 de la Ley de Procedimiento Penal No. 5 expresa que *"designados por los acusados sus defensores o nombrados en su caso los de oficio y personados estos dentro del término establecido, se les entregará por su orden el expediente de fase preparatoria a fin de que en el improrrogable término de cinco días hábiles formulen a su vez, sus conclusiones provisionales que respondan a las correlativas*

del fiscal y propongan las pruebas que estimen convenientes a los intereses de sus representados, en la forma prevista para la acusación. " [53]

Como se puede observar este artículo concede un reducido término de cinco días para la defensa aportar las pruebas a favor de su defendido y el tribunal define si las admite o no, sucediendo que durante la fase preparatoria, la Ley otorga facultades para el ejercicio de la defensa material y técnica, claro está, con determinadas restricciones, que permite una completa indefensión a los acusados que estuvieron ajenos de su condición de parte durante el proceso.

No es insensato plantear que cuando el acusado no es parte del proceso, no puede designar abogado, ni puede aportar pruebas a su favor, por lo que la fase investigativa estará principalmente contenida de elementos de cargo, donde el imputado no tiene más opción que tratar de probar su estado de inocencia, teniendo en cuenta el corto tiempo que la Ley le concede en el trámite de calificación jurídica, a diferencia del tiempo que tiene la acusación para probar la culpabilidad del acusado, demostrándose así que la imprescindible igualdad de partes que se alcanzará en la fase del juicio oral es relativa, pues la acusación ha gozado de toda una ventaja previa difícil de igualar al final por la defensa.

Se puede apreciar que el acusado que no ha sido asegurado procesalmente no podrá defenderse de igual forma del que se decidió asegurar durante el proceso, y por tanto, la Ley no lo concierne como parte del proceso, conocerá de qué se le acusa, pero evidentemente, no podrá emprender su defensa adecuadamente.

Desde el criterio de la realizadora, cuando la persona es detenida y comienza el proceso se le debe conceder la posibilidad de contar con asistencia letrada, haya sido asegurado o no, sin que se le tenga que imponer la medida cautelar para ser considerado parte del proceso, designando su defensa técnica, la cual contribuye a un justo Derecho a la Defensa.

Situación del Imputado en relación con la Defensa Material contemplada en la Ley de procedimiento Penal actual

[53] Ley de Procedimiento Penal No. 5. Artículo 283. P 47.

Antes de hacer referencia a la regulación que hace la Ley procesal, se entiende por Defensa Material la ejecutada por el imputado cuando lo interroga la autoridad policial o judicial y así podrá expresar por él mismo su declaración para esclarecer la acusación que en su contra se formula, puede proponer pruebas a su favor y participar en los actos probatorios y conclusivos, o simplemente abstenerse de realizar cualquiera de estas diligencias.

Para Clariá Olmedo *"…el derecho de alegar o discutir es un complemento de todas las manifestaciones de la defensa en el proceso, y significa la culminación de la garantía del contradictorio…"*[54]

Desde la óptica de este estudio, lo concerniente a la defensa material en la Ley Procesal Penal, se refleja de forma incompleta en los artículos del 161 al 166 referentes a la declaración del acusado, pues se limitan a establecer que el instructor actuante tiene el deber de hacerle saber de qué se le acusa, por quién y los cargos que se le dirigen, el derecho que le asiste para prestar declaración y el derecho de éste de leerla por sí mismo, y a contar con un intérprete si no domina el idioma español, o fuese sordomudo, y por último el artículo 166 aclara que no se ejercerá violencia, ni coacción sobre las personas para obligarlas a declarar. Sin embargo, es omisa en el sentido de otorgarle otras facultades que lo conviertan en un sujeto más activo en el proceso, tales como la proposición de pruebas y su participación y control en su práctica.

Doctrinalmente el planteamiento anterior se basa en que el imputado tiene derecho a que se le instruya de cargos informándosele oportunamente todo lo concerniente a la acusación, y la calificación de los hechos que se le están atribuyendo y por tanto el derecho a ser oído, emanado este, del principio de contradicción, formando entonces el inculpado parte activa de manera física y jurídica en el proceso, a fin de rechazar la acusación que en su contra se dirige por razón de la palabra, sin que esta manifestación constituya un medio de prueba por sí solo, sino todo lo contrario, se estima un medio de defensa, por lo que tendrá que ser corroborada por otros medios probatorios, convirtiéndose de este modo, provisionalmente, en objeto de

[54] Clariá Olmedo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit... P 315.

prueba en sí misma, incluyéndose también el derecho de proponer pruebas y participar en la práctica de estas, controlarlas y examinarlas por sí mismo, a declarar o no hacerlo y no ser obligado a ello.

La autora considera que para hablar de una verdadera Defensa Material en el procedimiento penal cubano, ésta debe ejercerse con la eficacia necesaria, para lograr hacer prevalecer los recursos legales y sensatos de defensa y del mismo modo brindarle el respeto que merece el imputado, que se presume de inocente hasta ser condenado por sentencia firme, y al defensor por ser el instrumento legal para patrocinar y cuidar los derechos de los ciudadanos que adquieran la condición de imputados, pues como entiende Carnelutti *"…la finalidad del proceso consiste en obtener la composición justa del litigio…"* [56]

La Defensa Técnica o Formal del imputado contemplada en la Ley de procedimiento Penal actual

El otro aspecto en que se desdobla el principio analizado es *"la Defensa Técnica, la cual está asegurada a partir de la presencia del abogado defensor en el proceso, quien presenta pruebas y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales."* [57]

Vélez Mariconde conceptúa la defensa técnica como *"…la asistencia jurídica que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención, casi siempre autónoma, durante el procedimiento, procurando a favor del imputado…"* [58]

En la doctrina cubana se plantea que a la Ley adjetiva se le pueden señalar insuficiencias en cuanto a la garantía del derecho a la defensa técnica, pues ésta:

-*"No garantiza la asistencia del abogado desde los primeros momentos del proceso penal, no siendo hasta pasado siete días de la detención (tiempo máximo que puede durar el proceso de adopción de alguna de las medidas cautelares establecidas), en*

[56] Carnelutti Francesco. Citado por Niceto Alcala – Zamora y Castillo en su libro Derecho Procesal Penal. Editorial Guillermo kraft. Tomo I. P 46.
[57] Velásquez Velásquez I. V. (2008) El Derecho a la Defensa en el Nuevo Modelo Procesal Penal en contribuciones a las Ciencias Sociales. Julio. Disponible en http://www.eumed.net/rev/cccss (Consultado 2 de Marzo 2012)
[58] Velez Mariconde Alfredo. La situación Jurídica del Imputado. Ob. Cit. P 44 y 45.

que es posible que el abogado intervenga en el proceso con todos los derechos y garantías mencionadas anteriormente."

-*"Le confiere a la Fiscalía la posibilidad de mantener secreta las actuaciones investigativas, lo que imposibilita el acceso a las mismas del acusado y su abogado, así como de la proposición de pruebas, las que deben reservarse para el trámite de juicio oral…"* [60]

En la Ley vigente, específicamente el artículo 249 concierne como se ha explicado el momento en que el acusado comenzará a disponer de una defensa calificada o técnica, pudiendo el abogado: establecer comunicación con su representado y entrevistarse privadamente con el mismo; examinar las actuaciones del expediente de fase preparatoria; proponer pruebas y presentar documentos y solicitar la revocación o modificación de la medida cautelar impuesta a su representado. Es desde ese momento en que se abre para el acusado y su defensor la posibilidad de accionar en defensa de los intereses del primero.

Sin embargo, en virtud de lo instituido respecto al aseguramiento del acusado el artículo 245 le concede 24 horas a la Policía para adoptar las decisiones que le están conferidas en Ley, mientras el 246 de igual forma le ofrece un término al instructor de 72 horas para tomar algunas de las decisiones que le están conferidas y el 247 le reserva un término al Fiscal de 72 horas para tomar la decisión que corresponda. Obsérvese que durante todo este tiempo en que el acusado está a disposición de los órganos de persecución, que es el que se utiliza para realizar las acciones de instrucción del llamado "primer ataque", según nuestra Ley, el acusado no es parte porque no se le ha impuesto medida cautelar y por consiguiente, no ha podido nombrar defensor de confianza.

Como se había mencionado anteriormente, el artículo 250 guarda relación con el antes tratado, porque le brinda al defensor las facultades legales necesarias para el esclarecimiento de la verdad, pudiendo proponer pruebas que favorezcan a su defendido, pero ¿cuándo sucedería tan indispensable acto? La respuesta está clara en los artículos 245, 246, 247, y evidentemente esto sería luego de transcurridos

[60] Mendoza Días Juan. Temas para el Estudio del Derecho Procesal Penal Ob. Cit… P 68.

siete días, después que se había tomado la declaración del acusado y las diligencias de prueba más importantes del proceso se habían practicado.

Al amparo del artículo 249 apartados 2 y 3 el defensor puede examinar las actuaciones correspondientes al expediente de fase preparatoria, excepto en el caso que se declare la secretividad de las actuaciones, (artículo 247), componente éste de gran importancia para el acusado, el cual se encuentra a cargo del defensor, padeciendo como se ha expresado en este estudio, una vez más, la citada Ley de desperfectos que vulneran indiscutiblemente el Derecho a la Defensa, ya que imposibilita al acusado a inspeccionar las actuaciones por sí mismo o conjuntamente con el letrado que le asiste, siendo éste antípoda y complementario de la acusación, debiendo ser entendido como uno de aquellos con rango fundamental dentro del ordenamiento jurídico procesal penal, en la estructura legal destinada a ajustar la pretensión punitiva del Estado y la libertad individual, en la correcta administración de justicia, que no conciben la idea de un proceso penal sin la compensada defensa.

Especial atención merece el artículo 247 de la citada Ley, toda vez que faculta al fiscal la imposición de la medida cautelar de prisión provisional, y el artículo 251del propio cuerpo legal le concede la posibilidad de modificarla o mantenerla al propio fiscal, siendo esta una de las formas más palpables de convertir a los acusados en víctimas del proceso penal. Véase como la fiscalía adopta una posición de juez y parte, que le impide ser imparcial, al desdoblarse ante una posición que por mandato constitucional como velador de la legalidad y representante del Estado en el interés directo de las víctimas le viene impreso; y por si no bastara, los artículo 53, 54 y 55 concernientes al correspondiente recurso de queja ante una decisión contraria a la pretendida, prevé que se presente por conducto del instructor ante la propia fiscalía.

Además de que el acusado debería tener derecho de designar defensor desde el momento de su detención, de no hacerlo, ya sea por desinterés o falta de recursos económicos, debe procurársele de oficio aquel; sin embargo, esta es otra de las deficiencias que presenta el modelo de procedimiento penal actual al no regular el

abogado de oficio en la fase preparatoria, incurriendo una vez más en imperfecciones que quebrantan la defensa del encartado.

En sentido profundo, el Defensor aparece como expresión de las valías de libertad y seguridad pública, que engloba la totalidad de las garantías que formulan el Debido Proceso, como garantista de los derechos individuales, como el derecho del imputado a conocer de qué se le acusa, a ser oído y juzgado por un juez natural con las debidas formalidades del proceso. En sentido exacto, creado como contestación a la acusación, como reverso de la acción, en amparo del interés y el derecho del imputado, como titular de ese derecho.

Hasta este momento de la investigación se percibe la desventaja con que inicia el proceso penal cubano para el acusado y su defensor, lo que debilita un ejercicio eficaz del Derecho a la Defensa, que debería caracterizarse por las posibilidades reales y el tiempo necesario para que el imputado se contraponga a la acusación.

Por todo ello, es necesario el análisis de las diligencias de Instrucción más importantes que se practican en la Fase Preparatoria, agregadas algunas de ellas como prueba al juicio oral, sin posibilidad de volverse a reproducir y la participación real del acusado y su defensor en estas.

La intervención del acusado, o de su defensor, en la inspección del lugar de los hechos está condicionada a la adquisición del *status de parte*, lo que en la práctica del proceso investigativo resulta inoperante, dado precisamente porque se efectúa al inicio de las investigaciones, cuando en muchas oportunidades no se ha identificado al presunto autor, excepto casos flagrantes y, de conocerse, dado el temprano momento en que tiene lugar, generalmente, no se realiza pronunciamiento alguno sobre su aseguramiento y en tanto no ha tenido oportunidad de designar abogado.

La Inspección en el Lugar de los Hechos. Contemplado en el artículo 125 de la Ley de Procedimiento Penal, es de las primeras diligencias de instrucción que se realiza en el proceso penal, considerada por su importancia como el primer ataque a fin de que no desaparezcan del lugar los elementos necesarios que contribuyan al esclarecimiento del evento ilícito ocurrido, y en la generalidad de los casos ni el acusado, ni su defensor participan en ésta, pues el artículo 132 posibilita la

participación del acusado y su defensor a partir que aquel sea parte en el proceso y esto es contradictorio, pues si como se dijo, es una diligencia que no puede esperar, se realiza dentro de los primeros días y el acusado según la citada ley no sería parte en el procedimiento ordinario hasta pasados los siete días y en el caso del artículo 128 no lo es nunca, también establece el artículo 132 de forma confusa que se pondrá en conocimiento del acusado con la anticipación que le permita su índole, así como que no se expone quien es el encargado de comunicar al acusado la realización de esta diligencia; y por último, dispone que no se suspenderá la práctica de la diligencia por la ausencia del acusado o su defensor, es decir, que en definitiva, la presencia de ninguno de los dos resulta necesaria para el legislador.

En el caso de la reconstrucción de los hechos, participa el acusado cuando se estime necesario por el que instruye el caso y su actuación en el acto se circunscribe, en lo fundamental, a indicar la forma en que ejecutó la acción denunciada.

La Reconstrucción de los Hechos. Instituido en los artículos 133 y 134 de la Ley Adjetiva, excluyéndose en la propia ley el derecho real a la defensa, pues en primer lugar se deja a criterio de la autoridad actuante la necesidad de realización de la diligencia, no hace referencia a la intervención del defensor en ésta y sus posibles facultades, las que sólo se conceden al instructor y al fiscal.

De la Identidad del acusado y sus circunstancias personales. Lo concerniente a ello se observa en los artículos 152, 153 y 157 de la Ley de Procedimiento Penal. Referente a los artículos 152 y 153 que preceptúan la diligencia de reconocimiento, pudiéndose señalar que la misma se efectúa desde los primeros momentos de la detención del acusado a fin de no perder aquellos elementos que sirvan a la identificación del posible autor de los hechos, ejecutándose ésta en la mayoría de las ocasiones cuando el imputado aún no es parte en el proceso y no tiene como es lógico defensor designado, pensando que es importante la presencia el defensor, no con el ánimo de proponer algún elemento, sino con la única intención de controlar la ejecución de la prueba a favor de su cliente.

De las Declaraciones de los Testigos, reflejada en los artículos del 167 al 195 de la mencionada Ley. Sólo en el artículo 178 se permite la presencia de las

partes, si asistieren, en la toma de declaración a testigos. Ahora, en las declaraciones que se toman en los momentos iniciales del proceso no pueden participar ni el acusado ni su defensor, por no ser aún parte de éste el acusado, pero de serlo, no se regula por el legislador la manera por la que deban enterarse que se dará cumplimiento a esta diligencia, existiendo esta deficiencia tanto en el caso de los testigos de la acusación, como en los que propone el defensor, pues resulta ineludible que este no solo proponga la prueba sino que pueda controlar la ejecución de la misma en ambos sentidos, a fin de ejercer un adecuado derecho a la defensa. La excepción de lo anterior es la regulación del artículo 194 en el que se practica la prueba de forma anticipada y tiene la posibilidad el acusado de designar defensor y si no lo hace se le designa de oficio.

***Del Careo**.* Los artículos del 196 al 199 de la Ley de Procedimiento Penal otorgan al Instructor la Facultad de disponerlo. En el artículo 198 se norma que solo se practicará el careo con el fin de comprobar el delito y la participación del acusado, es decir, que resulta entonces imprescindible la presencia del defensor en esta diligencia a fin de establecer un adecuado control y balance en la práctica de esta prueba.

Del Dictamen Pericial. Dispuesto en el Artículo 214 de la citada Ley, donde no se faculta al defensor a designar sus propios peritos lo que en verdad dificulta su labor en representación de los intereses del acusado, en el propio artículo no obliga el legislador al Instructor a citar al acusado para que designe defensor, solo refiere el texto que: *"…se hará saber, siendo posible, para que designe defensor…"* esto sin duda alguna abre la posibilidad de que si no lo hace queda el acusado sin que su defensor al menos pueda participar en la diligencia y controlar su ejecución.

De la Entrada y Registro en Lugares Públicos, en Domicilios Privados y en Naves o Aeronaves Extranjeras. Establecido en los artículos 215 al 227 de la Ley adjetiva. Es una de las diligencias que también se practican desde el inicio mismo del proceso, a fin de no perder los indicios necesarios en la comprobación del ilícito y sus autores, coincidiendo incluso con el momento de la detención en algunos casos, de ahí que el acusado aún no es parte en el proceso y por supuesto no tiene

defensor que participe y controle la diligencia. De igual forma ocurre en el caso del ***Registro de Libros y Documentos y de la Retención y Apertura de la Correspondencia Escrita, Telegráfica y Caligráfica.***

Analizado hasta aquí algunas acciones de instrucción durante la fase preparatoria, se puede afirmar que los actos de instrucción que en ella se realizan, sin distinción, los domina íntegramente el instructor policial, o el fiscal, y son controlados en su totalidad por el fiscal, el que asume una posición ventajosa, en detrimento de los derechos del acusado, que lo comprometen directamente y permite que durante la sustanciación del asunto, se le pueda cuestionar la imparcialidad que le demanda su función constitucional de control de la legalidad.

Esta manera de concebir el proceso en sus inicios, coarta su realización en condiciones de igualdad procesal, el principio de contradicción y de modo muy especial el Derecho a la Defensa, toda vez que no se le concede al imputado y su defensor la posibilidad de intervenir en un número importante de acciones de instrucción.

Por ello se señala y se comparte del todo el criterio de Roxín y Shunemann cuando plantean que *dado el enorme y progresivo aumento de la posición de poder de la Policía y la Fiscalía en la fase investigativa frente a un pobre mejoramiento de la posición jurídica del imputado y su Defensor, y teniendo en cuenta el protagonismo que ha tomado en esta etapa para la decisión del caso penal consideran* ***"imperiosamente darles al imputado y su Defensor mayores posibilidades de influir sobre el procedimiento de investigación."*** [64]

Conclusiones

1.- Luego de un análisis del tema en cuestión, con apoyo de los métodos empleados y los objetivos perseguidos en la investigación, se comprobó que a través de la regulación legislativa del principio del derecho a la defensa se evidencian los momentos de victimización terciaria que tienen lugar en la fase preparatoria del procedimiento penal cubano.

[64] Cit. Por Rivero García Danilo en su libro temas permanentes del derecho procesal penal. Ob. cit p 25.

2.- Los estudios promovidos para acabar con el letargo de la víctima en el Derecho penal y las investigaciones sobre victimización primaria y secundaria han ocasionado sin proponérselo un aumento de la victimización terciaria. Las propuestas para alcanzar un mayor protagonismo de las víctimas, con frecuencia dirigen sus miradas hacia el ofensor y los principios que hasta hoy imperaban; intervención mínima, proporcionalidad, *indubio pro reum*, poco a poco son sustituidos por novedosas interpretaciones de prevención especial y general. Justificándose bajo esa égida modificaciones legislativas, creaciones de nuevos tipos penales, aumentos de marcos sancionadores, supresión de derechos, aumento de la severidad en el cumplimiento de las sanciones, etc.

3.- El Derecho a la Defensa se regula como Derecho Fundamental en la Constitución de la República de Cuba solo de manera enunciativa, ya que desafortunadamente, no define el momento en que el imputado puede gozar de tan importante derecho. La Constitución deja esta regulación a la Ley de Procedimiento Penal, la que incurre en el desequilibrio de condicionarlo a la adquisición del estatus de parte y no al momento de la detención del ciudadano. Se abre así un período de desventaja de éste ante la fuerza coercitiva del Estado que puede durar hasta siete días en el mejor de los casos.

4.- Para el acusado y su defensor queda limitada la posibilidad de proponer pruebas desde el inicio y participar en diligencias iníciales que pueden ser trascendentales en el futuro del proceso. Además, el acusado no tiene acceso al estudio de las actuaciones, en el procedimiento ordinario, a fin de poder conocer adecuadamente el contenido de la acusación y las pruebas practicadas en esta etapa del proceso; de igual modo, el defensor tiene limitadas las facultades de actuar a favor de la defensa de su representado, no sólo por lo tarde que llega al proceso, sino que cuando llega se han realizado la generalidad de las acciones de instrucción, al menos las del llamado “primer ataque”. Asimismo, no es requerida por ley su presencia y la del acusado en la mayoría de las diligencias de instrucción que se practican, y sencillamente la autoridad actuante no los cita, por lo que no puede ni siquiera efectuar un control efectivo de la prueba que se acumula en contra del acusado. La situación del acusado contra el que no se dispone medida cautelar durante el

proceso es absolutamente precaria en lo referente a su defensa, pues sus posibilidades quedan reservadas para la fase final del proceso, es decir, el juicio oral.

Recomendaciones

Como colofón de la investigación realizada, se considera oportuno proponer las siguientes recomendaciones, con el propósito que sirvan como sugerencia y motivación en la búsqueda de las más eficaces soluciones legales en aras de un justo Derecho a la Defensa.

1.- Que a partir de la caracterización de la victimidad y de los distintos procesos de victimización que en nuestro contexto tienen lugar se divulguen los resultados de investigaciones victimológicas, lo que traerá consigo un mayor acercamiento al tema de los actores de los procesos de victimización y un reforzamiento de la prevención victimal desde una perspectiva integradora.

2.- Que en un futuro proceso de reforma constitucional se revise la redacción del artículo 59 ubicado en el Capítulo VII correspondiente a los “Deberes y Derechos Fundamentales”, el cual tiene hoy un carácter eminentemente enunciativo, a fin de conseguir un adecuado diseño legislativo del derecho fundamental de defensa del acusado, instituyéndolo por mandato constitucional desde el mismo momento de la detención.

3.- Se debe modificar del texto de la Ley de Procedimiento Penal el hecho de sujetar la concesión del status de parte al imputado a partir de la aplicación de una medida cautelar, debiendo éste ser considerado parte procesal desde el momento mismo de su detención, a fin de que pueda ser asistido técnicamente por un defensor desde el inicio mismo del procedimiento, con el objetivo de lograr más contradicción e igualdad de partes en la fase preparatoria.

4.- En una futura Ley debe introducirse la figura del abogado de oficio desde la fase preparatoria, pues no todo acusado cuenta con los medios suficientes para nombrarlo y a veces ni el interés de hacerlo; sin embargo, su presencia significaría garantía del debido proceso al que se aspira. Que así mismo se amplíen las facultades y posibilidades del defensor para participar en la práctica de las acciones de instrucción de la fase preparatoria. Ello permitiría un control superior sobre el

ilimitado poder de investigar del Fiscal y colocaría al acusado en una situación procesal más equilibrada.

La justicia restaurativa como posible alternativa de resolución de conflictos penales en cuba

YEISSEL AGUIAR PARDO*

Introducción

El tema seleccionado aborda la problemática de "La Justicia Restaurativa como posible alternativa de resolución de conflictos penales en Cuba", la cual abre muchas interrogantes a priori para su investigación.

¿Cómo debemos responder como sociedad ante el delito? ¿Cuál debería ser la respuesta ante un crimen o un acto de injusticia? ¿Qué se requiere para hacer justicia?

Son preguntas que nos hacemos a diario sobre todo después de las últimas décadas del pasado siglo y los años transcurridos de la presente centuria al percibir el incremento de la delincuencia, la violencia y las víctimas del terrorismo

A menudo, nos encontramos con jueces, abogados, fiscales, jueces encargados de la supervisión y ejecución de las penas y funcionarios carcelarios que también manifiestan un sentimiento de frustración. Muchos opinan que el proceso judicial agudiza aún más las heridas y los conflictos sociales en lugar de ayudar a sanarlos o transformarlos.

Es frecuente que las víctimas, los ofensores[279] y los miembros de las comunidades afectadas perciban que la justicia no responde adecuadamente a sus respectivas necesidades.

La justicia restaurativa es un intento de responder a algunas de estas necesidades y limitaciones.

A partir de la década de los 70 emerge el movimiento de justicia restaurativa en el marco de la justicia criminal, básicamente como una crítica al sistema de justicia

[279] "Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal" (2002) ECOSOC,
I. 1, 2, 3.

tradicional. En Ontario, Canadá, es el lugar donde la literatura frecuentemente sitúa la primera experiencia de justicia restaurativa, cuando en 1974 el *Mennonite Central Committee (Church)*[280], en el espacio brindado por ciertos tribunales, introdujo la mediación penal para resolver algunos casos, en relación con una práctica que en aquel entonces se denominaba Programa de Reconciliación Víctima-Ofensor (conocido en inglés por la sigla VORP). Con el paso de los años, este modelo ha evolucionado y cambiado de nombre, han aparecido nuevas estrategias prácticas y, en algunas ocasiones, los antiguos programas han sido reformulados y rebautizados como "restaurativos".

A pesar de lo dicho anteriormente, muchos partidarios de la justicia restaurativa sostienen que las raíces de este tipo de procedimientos son más remotas y las sitúan en los sistemas de resolución de conflictos de las sociedades pre modernas.

La definición más ampliamente reproducida de justicia restaurativa corresponde a Marshall[281], para quien "La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro"[282]

Esta definición, sin embargo, presenta algunos problemas. Por ejemplo, como señala Braithwaite[283] , su mayor limitación es que no señala qué es lo que tiene que ser restaurado y no define los valores de la justicia restaurativa. Por otra parte esta definición es estrecha porque sólo incluye encuentros cara a cara y enfatiza el proceso por sobre el objetivo principal que es reparar el daño causado por el ofensor.

La definición contenida en los 'Principios Básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia criminal', del Consejo Económico y Social de las

[280]El Comité Central Menonita de Akron, Pensilvania, publicó originalmente estas directrices en 1997 como un marcador de libros en una versión un poco diferente

[281]Mera, A. (2009), *Justicia Restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: Límites y posibilidades*, Revista ius et Praxis, año 15 No. 2. p. 169 citando a:.Marshall T. (1999) *Restorative justice: an Overview***.** Londres: Home Office.

[282] Gavrielides, T. (2007) *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the discrepancy***,** Helsinki, European
Institute for Crime Prevention and Control (HEVNI), Publication Series 52. p. 13-17

[283] Braithwaite, J (2003) *Restorative Justice and a better future* en Johnstone, G. (ed), A Restorative Justice Reader Texts, sources, context. Devon, Inglaterra: Willan Publishing. p.88.

Naciones Unidas del año 2002 parece ser más completa. Así, ésta define a los programas de justicia restaurativa como “cualquier programa que usa procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos”. Por procesos restaurativos la Declaración entiende “cualquier proceso en el cual la víctima y el ofensor, y cuando es apropiado otras personas o miembros de sus comunidades afectados por el delito, participan juntos activamente en la resolución de los problemas generados por el delito cometido, generalmente con la ayuda de un facilitador. Estos procesos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia.” Por su parte, los resultados restaurativos consisten en los acuerdos logrados como resultado de un proceso restaurativo. Incluyen respuestas y programas como la reparación, restitución o servicio a la comunidad, con el objeto de satisfacer necesidades y responsabilidades de las partes y de la comunidad y lograr la reintegración de la víctima y ofensor.

Debido a la variedad de programas de justicia restaurativa se hace difícil dar con una definición completamente satisfactoria.

Por lo tanto existen en la actualidad una panoplia de programas que se utilizan en las diferentes etapas del proceso. Es común que los programas de mediación y conciliación, estén presentes en la mayoría de los países europeos, particularmente en los sistemas de justicia penal juvenil. Sin embargo, las características de estos programas difieren dependiendo de la etapa del procedimiento en la cual tienen lugar (por ejemplo, si se emplean como alternativas al proceso o ‘diversión’, antes de la sentencia, post-sentencia, etc.), el tipo de ofensores y ofensas que pueden ser susceptibles de acceder a un programa restaurativo (jóvenes, adultos, ofensas menores, delitos graves, etc.), o bien el modelo de programa implementado (mediación, conferencias, círculos, etc.)

Más allá de las diferencias y complejidades de cada modelo, puede señalarse que siempre existen al menos dos aspectos compartidos: todos intentan reparar el daño causado por la comisión del delito y todos se orientan a que el ofensor enfrente su responsabilidad frente a las personas que han sido afectadas por sus actos[284] . Muchos de ellos, en especial aquellos que han sido caracterizados como ‘más’

[284] Dignan J. (2005), Op. Cit. p. 3

restaurativos, comparten además el compromiso con establecer encuentros informales, inclusivos y no coercitivos.

Como ya hemos adelantado, existe gran variedad de programas de justicia denominados 'restaurativos', como por ejemplo, la mediación víctima-ofensor, la conciliación, los círculos de sentencia, paneles de justicia juvenil, conferencias restaurativas, etc. En lo que sigue se describirán con algún detalle tres de estos modelos:

Modelos de Justicia Restaurativa

Las Conferencias Familiares (*Family Group Conferences, FGC en adelante*) de Nueva Zelanda, por ser uno de los sistemas más característicos del movimiento y la mediación penal, por ser quizás el modelo más extendido, así como los círculos de paz .

Mediante la *'New Zealand's Children, Young Persons and their Families Act'* de 1989, Nueva Zelanda reformó de manera radical sus sistema de justicia juvenil. Esta reforma estuvo motivada fundamentalmente en la crítica del pueblo Maorí al sistema tradicional, dada la presión ejercida por el movimiento de apoyo a los derechos de las víctimas y los generalizados altos grados de insatisfacción con el sistema de justicia juvenil (excesiva institucionalización, malos tratos, etc.) El nuevo sistema intentó superar las dicotomías del modelo de bienestar y de justicia, haciendo responsable al niño, pero a la vez entregándole la consideración necesaria a sus necesidades[285] .

La pieza central del nuevo sistema son las *FGC*, pues aunque no son utilizadas en todos los casos, brindan un modelo de conducción para todas las etapas del proceso. La idea es que la policía tome medidas leves siempre cuando sea posible, de manera más o menos informal. Si la ofensa no es suficientemente seria, la policía termina el asunto en la calle o con una advertencia inmediata. Si es necesario tomar otra medida se deriva al joven a la Sección Policial de Ayuda a la Juventud, la que en presencia de los padres le entrega una advertencia, pide una disculpa para la víctima o le impone una sanción adicional, con su consentimiento (por ejemplo, un trabajo

[285] Morris, A., y Maxwell, G. (2003) *Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study* en Johnstone, G. (ed)**,** *A Restorative Justice Reader Texts, sources, context***.** Devon, Inglaterra: Willan Publishing. p.265-267.

comunitario) Estas formas de término ocurren en cerca del 70% de los casos. Sólo cuando las advertencias no han sido exitosas en el pasado o cuando la ofensa es más seria, se deriva al joven a una *FGC*. Si el joven es arrestado se envía el caso directamente a la Corte Juvenil, pero ello ocurre sólo en casos graves.

En algunas oportunidades la mediación cara a cara no es posible y los mediadores sirven de puente entre víctima y ofensor, facilitando un diálogo entre ambos, pero sin que se produzca un encuentro. Esta mediación se ha denominado 'indirecta'. Como se entiende, este proceso constituye un modelo muy pobre de mediación de acuerdo a las características, fines y principios de la justicia restaurativa y en lo posible debería restringirse a casos muy limitados, cuando el encuentro se hace extraordinariamente difícil.

El modelo 'transformativo' va más allá que el modelo clásico y busca brindar a las partes la oportunidad de hablar recíprocamente, de permitir que las víctimas expresen el impacto del crimen y recibir respuestas a interrogantes importantes. La indemnización es relevante, pero secundaria. La preparación previa y por separado es fundamental, poniéndose el énfasis en expresar cómo el crimen las ha afectado, identificando sus necesidades y preparándolas para la mediación. El mediador, por último, tiene un estilo más cercano a un 'facilitador', tratando de intervenir lo menos posible en el proceso de toma de decisiones. Estas características hacen que este tipo de mediación cumpla de mejor manera con los objetivos declarados del movimiento de justicia restaurativa.

El momento y efecto que el acuerdo de mediación tiene varía según la jurisdicción, pero muchas veces sustituye a la persecución o la sentencia. Sin embargo este modelo ha sido objeto de innumerables críticas, los que no concuerdan con dicho modelo plantean que al igual que los programas de mediación, muchos programas de justicia restaurativa se organizan en torno a la posible realización de un encuentro dirigido entre las víctimas, los ofensores y quizás otros miembros de la comunidad. Pero, a veces la opción de un encuentro no es la más apropiada, o las partes sencillamente no la aceptan. Además, las estrategias restauradoras son importantes incluso cuando el ofensor no ha sido detenido o en los casos en que una de las

partes no puede o no quiere participar. Por consiguiente, las prácticas restaurativas no se limitan sólo a la realización de un encuentro. Incluso, cabe aclarar que el término “mediación” no describe adecuadamente lo que podría suceder en uno de estos encuentros. En un conflicto o pleito mediado se asume que las partes se encuentran moralmente parejas, es decir, ninguna tiene toda la culpa porque muchas veces todas ellas han contribuido al conflicto y deben compartir las responsabilidades. Aunque es posible que exista este sentido de culpabilidad compartida en algunos casos penales, en muchos otros no es así. Las víctimas de violación, o aun de robo, no quieren verse clasificadas como “litigantes”, es decir, partes moralmente iguales en disputa. De hecho, puede ser que, como resultado de lo que ya sufrieron, estas víctimas estén luchando por superar la tendencia a sentirse culpables por lo que les sucedió.

Para participar en encuentros restauradores, los ofensores siempre tienen que aceptar en alguna medida la responsabilidad por su delito, puesto que un componente importante de tales programas consiste en identificar y reconocer el mal causado. El lenguaje neutral usado en los procesos de mediación puede ser engañoso y a veces hasta puede resultar ofensivo para las víctimas.

Aunque el término “mediación” fue adoptado durante los primeros años del desarrollo de la justicia restaurativa, se ha tendido a reemplazarlo cada vez más por palabras como “conferencia” o “diálogo”, debido a las razones anteriormente mencionadas.

Por su parte la práctica de los círculos surgió originalmente en las naciones aborígenes de Canadá. La corte del juez Barry Stuart fue la primera en reconocer a un círculo en un fallo oficial. El juez Stuart ha preferido describir esta práctica con la expresión “Círculos de Paz”. Hoy en día, los círculos se usan para diversos fines. Además de los círculos de sentencia, usados para fijar sentencia en casos criminales, hay círculos de sanación (usados a veces como preparación previa para un círculo de sentencia), círculos para resolver conflictos laborales e, incluso, círculos diseñados para promover el diálogo comunitario.

En este proceso, los participantes se ubican en un círculo. Luego se van pasando un objeto conocido como “pieza para hablar” para asegurarse de que todas las personas

hablen, una a la vez, siguiendo el orden del círculo. Como parte del proceso, muchas veces se enuncia una lista de valores, o incluso una filosofía, que enfatice el respeto, el valor de cada participante, la integridad, la importancia de hablar de corazón y otros aspectos más.

Uno o dos “guardianes del círculo” ofician como facilitadores del proceso. En las comunidades indígenas, los ancianos asumen un rol importante, dirigiendo el círculo o impartiendo consejos y sabiduría.

Los círculos pretenden ampliar al máximo el espacio de participación, que junto con incluir a víctimas, ofensores y familiares, a veces comprende a funcionarios del sistema judicial. Además, los otros miembros de la comunidad también constituyen una parte esencial del proceso. A veces se les invita debido a su interés en el caso o por la relación o interés que puedan tener en la ofensa, la víctima y/o el ofensor; otras veces, participan como parte de un círculo permanente de voluntarios de la comunidad.

Como la comunidad está involucrada, las discusiones realizadas en los círculos generalmente son más abarcadoras en cuanto a su contenido en comparación con las de otros modelos de justicia restaurativa. Los participantes pueden hablar de las situaciones que están engendrando el crimen dentro de la comunidad, la necesidad de apoyo que tienen las víctimas y los ofensores, las obligaciones que la comunidad pueda tener, las normas comunitarias y otros asuntos relacionados con la comunidad.

Aunque los círculos surgieron originalmente en comunidades pequeñas y homogéneas, hoy se implementan en una variedad de comunidades de diferentes tipos, inclusive en grandes zonas urbanas, y en una gran variedad de situaciones, además de los casos criminales. No es éste el lugar para examinar las numerosas formas ni los méritos respectivos de cada uno de los modelos de justicia restaurativa. No obstante, lo que sí debemos destacar aquí es que todos los modelos mencionados abren espacios para un encuentro. Se diferencian por la cantidad y las categorías de las partes incluidas y por ciertas diferencias en sus estilos de

facilitación. Vale reiterar que estos modelos se van combinando cada vez más, de modo que las diferencias entre ellos tienden a hacerse menos importantes.

Es necesario tener en cuenta que no todas las formas de justicia restaurativa implican un encuentro directo entre las partes y que no todas las necesidades de las respectivas partes pueden satisfacerse por medio de un encuentro. Si bien es cierto que muchas necesidades de la víctima tienen que ver con el ofensor, hay otras que no lo involucran. Del mismo modo, algunas necesidades y obligaciones del ofensor no tienen nada que ver con la víctima. Por lo tanto, la siguiente tipología incluye a ambos tipos de programas: los que requieren un encuentro y los que no.

Fundamentos para la acogida en Cuba de los programas de justicia restaurativa

La justicia restaurativa permite un nuevo enfoque, incluso una ruptura con la modernidad penal si se llegaran a extender los programas. Consecuentemente, el cambio de lente debe abarcar los criterios y la metodología de su evaluación. Habrán de buscarse parámetros o criterios de evaluación novedosos, por ejemplo, para hacer operables conceptos como disuasión, comunidad o interdependencia de los derechos humanos. No existen fórmulas fijas, sino que debemos maniobrar con una diversidad de programas y de límites que tengan en común ciertos principios internacionales que permitan su comparación en la esfera estatal, europea y mundial, sin olvidar a las víctimas del terrorismo, de la violencia familiar, o pertenecientes a distintas etnias.

Desde la perspectiva que brinda la utilización de la justicia restaurativa como alternativa de resolución de conflictos penales se propone la creación de un ámbito que provoque la legitimación de la víctima y la reeducación del agresor, asimismo previene la tendencia a delinquir de estas personas, y con ello se crea un sistema profiláctico sobre la comisión de delitos, que son los fines que se pretenden en el Derecho Penal del Tercer milenio desde la posición de los operadores jurídicos y que es además el fin de nuestro sistema que a través del tratamiento al agresor el mismo no vuelva a infringir la Ley lo cual se lograría con la acogida de la justicia restaurativa. .

Haciendo un análisis de la constitución y nuestras leyes penales podemos afirmar que la justicia restaurativa como resolución alternativa de conflictos encuentra un espacio en dichas leyes que permiten su futura acogida

La Constitución cubana, Ley Fundamental de la República, plantea en su artículo 127 lo siguiente: «La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde […] la promoción y el ejercicio de la acción penal en representación del Estado». Existe en nuestro país la posibilidad de la acción privada, como es en los casos de los delitos de calumnia[286] e injuria,[287] que son perseguibles en virtud de querella[288] de la parte ofendida. Estamos hablando entonces que en Cuba existe una dualidad de posibilidades de ejercer la acción acusatoria, aun cuando la segunda está presente en escasísimos supuestos.

Estos ejemplos también están presentes en la legislación procesal, específicamente en el Título VI Del Sobreseimiento de las Actuaciones. Se plantea que se reconoce dos tipos de sobreseimiento:[289] el libre o total y el provisional o parcial. En ambos casos, según lo plantea el artículo 268 de la citada ley procesal, cuando el tribunal entienda injustificado la solicitud de sobreseimiento, dictará auto fundado esgrimiendo sus argumentos; de insistir el fiscal en su solicitud y aportando nuevos elementos, el tribunal podrá acceder, o de lo contrario ofrecerá la posibilidad al perjudicado, en caso de que lo hubiese por un término no mayor de diez días para ejercer la acción penal. Son estos claros ejemplos donde el Ministerio Público se priva de ejercer la acción penal, y donde como último recurso, en aras de evitar la impunidad, se da la opción de acción privada.

Una vez definida la forma de ejercer la acción es necesario precisar lo que a la luz de la legislación penal cubana se considera delito, y por tanto susceptible de ser investigado y enjuiciado. Plantea el Código Penal cubano en su artículo 8:

---

[286] Artículo 319.1 y 2 del Código Penal cubano, Ley 62 de 1987

[287] Artículo 320.1 y 2 del Código Penal cubano, Ley 62 de 1987.

[288] Acto formal y escrito que se presenta ante el juez de garantía competente a través del cual la víctima, su representante legal o heredero testamentario, podrán ejercer la acción penal solicitando la investigación y sanción de un delito determinado

[289] Artículo 264 de la Ley de Procedimiento Penal cubana

1. «Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal».

2. «No se considera delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor».[290]

En 1966 Claus Roxin[291] manifestó lo que para él era el «principio de la insignificancia». Este principio se basa precisamente en la peligrosidad social, regulándose en el precitado artículo 8 dos momentos diferentes. En el apartado 1 el momento de la previsión normativa, cuando en la ley se define una conducta concreta como delito.

Por su parte, en el apartado 2 estarán todas las características previstas en la figura delictiva; pero a pesar de esto tal hecho no se estimará delito, porque en ella no se ha revelado la peligrosidad social. Se da cuando el proceso está en manos del juez y este tiene que determinar si tiene ante sí un hecho delictivo o no.

Hasta ahora estamos ante una conceptualización del delito, e incluso en el artículo 8.3 se establece lo que pudiera ser una de las pocas regulaciones en el Derecho Penal cubano a una alternativa a la solución de conflictos. Se hace un paréntesis para aquellos hechos delictivos que son sancionados con penas de hasta un año o multas hasta 300 cuotas o ambas, donde las condiciones personales del autor o la peligrosidad social del evento dan la posibilidad de aplicar una multa administrativa y con ello inhibir al tribunal de conocerlo. Estamos en presencia de una salida al conflicto, y que en este caso es iniciativa de la autoridad actuante.

Sobre este ejemplo en específico hay criterios en la doctrina nacional que expresan que «dicha fórmula es continuadora de las ideas de “un período prodigioso” para el derecho penal cubano. Así llamo al último lustro de la década del ochenta del pasado siglo. No obstante, percibo sus frutos y abogo por ampliarla a otros supuestos».[292]

[290] Artículo 8.2 del Código Penal cubano
[291] Pires, R.(2002). *Manual de derecho penal*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, p. 88
[292] Rivero García, D. (2007) Op. Cit. Conferencia dictada el 4 de abril de 2007 en el Congreso Internacional de Derecho Procesal.

Prima como objetivo en el proceso penal cubano la búsqueda de la verdad material, e incluso algunos autores nacionales precisan: «El establecimiento de la verdad objetiva ha de ser el faro que guíe al procedimiento penal, para adoptar las decisiones correspondientes, conforme a esos hechos probados».[293] Si analizamos esta situación es muy posible que encontremos divergencias con la doctrina foránea que su- pone recompuesta la relación social afectada, no cuando se impone la pena, sino cuando queda reparado el bien.

El propio Danilo Rivero, en la conferencia citada up supra, plantea que «no puede ser eficiente un sistema de justicia penal sobrecargado de casos. La idea de abarcarlos todos se corresponde con la imposibilidad de resolverlos adecuadamente; entonces hay que recurrir a modelos que, aunque inicialmente choquen con nuestra raigambre jurídica, nos proporcionen eficiencia en el juzgamiento. La realidad es que un sistema abrumado de asuntos, de hecho, resulta selectivo y discriminatorio, aunque proclame lo opuesto.

La propia práctica jurídica y las decisiones políticas adoptadas en nuestro país se han encargado de dar la razón a quienes abogamos por la utilización de la resolución alternativa de conflicto. El Decreto Ley 310, de 29 de mayo de 2013 y que entró en vigor el 1 de octubre de 2013, confirman la voluntad existente en nuestro país de buscar alternativas a las salidas convencionales para enfrentar un hecho delictivo.

Se amplía el ya analizado artículo 8.3,[294] llevando sus límites hasta delitos sancionables con tres años y multa de hasta 1000 cuotas. Cierto es que será necesario en esta variante la aprobación del Ministerio Fiscal, asegurando con ello que la aplicación de este indiscutible beneficio se haga de forma justa y con el análisis necesario.

---

[293] Bodes Torres, J: *La reforma del proceso penal en Latinoamérica*. Diferentes elementos relacionados con la adecuación de Cuba a los nuevos modelos impuestos en la subregión relacionados con el derecho penal. Conferencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho.

[294] Art. 1.: Se modifica el apartado 3 del art. 8 del Código Penal, que queda redactado de la forma siguiente:
«3. En aquellos delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al tribunal, imponer al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del delito. Para la aplicación de esta prerrogativa a los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad se requiere la aprobación del fiscal».

El artículo 6 del mismo decreto ley modifica la Disposición Especial del Código Penal cubano, y en consonancia con la nueva redacción del artículo 8.3 plantea la posibilidad de aplicar los artículos 70 y 71 de nuestra ley sustantiva penal correspondiente a la responsabilidad civil, lo que pone de manifiesto que la reparación de la víctima, aun cuando el comisor del delito no sea sancionado judicialmente, quedará asegurada.

Sería insuficiente cualquier transformación legislativa si no hay también una evolución en el pensamiento de los operadores del derecho, y en especial de los tribunales. El máximo órgano de justicia en Cuba, el Tribunal Supremo Popular, en el Acuerdo 112 de su Consejo de Gobierno de 29 de mayo de 2013 adopta una serie de medidas que vienen a complementar el Decreto Ley 304.

En su indicación quinta el Tribunal Supremo Popular dice: «Lograr mayor, racionalidad, selectividad y precisión en la imposición de sanciones de internamiento en establecimientos penitenciarios, aplicando estas penas al menor número de personas posibles y solo por los hechos de mayor gravedad. Asimismo los tribunales cuidarán de imponer sanciones extremadamente severas de privación de libertad solo en los casos en que así se justifique». Se demuestra así la voluntad judicial de aplicar la prisión como último recurso.

Es importante también contar con una legislación penal sustantiva que permita la individualización proporcional de la pena, de acuerdo con las características del sujeto infractor de la norma y las peculiaridades del hecho cometido. Cuba en tal sentido ha introducido medidas subsidiarias a la sanción privativa de libertad que sea impuesta, hasta cinco años, la cual puede ser sustituida por las sanciones de:

- Trabajo correccional con internamiento.
- Trabajo correccional sin internamiento.
- Limitación de libertad.

En todos estos cambios que se están produciendo al interior del derecho penal juega un papel determinante la víctima. Se hace indispensable analizar qué posibilidades

tiene en la legislación cubana de jugar un papel protagónico, y hasta qué punto puede decidir cómo solucionar su conflicto.

La sociedad en su desarrollo percibe transformaciones que devienen en mutaciones de los sujetos que protagonizan la misma, así como en los contextos que la rodean y en las ideas que dirigen el pensamiento lógico del ser humano.

Paralelamente, la delincuencia como fenómeno de la superestructura del individuo va sufriendo cambios a tenor de los comportamientos nuevos, la legislación existente debe contener las respuestas jurídicas a estas situaciones no vistas antes, las cuales merecen un tratamiento adecuado que las solucionen o prevengan a fin de aportar a la sociedad la seguridad jurídica que busca en las leyes.

En este sentido la implementación de una alternativa preventiva al proceso penal actual a través de la utilización de la justicia restaurativa , pretende un cambio cultural hacia la extensión de una cultura de paz y progreso social a través de la transformación del yo y la prevención y/o solución de los conflictos penales, a través de métodos alternativos como la Justicia Restaurativa se pueden lograr soluciones satisfactorias y efectivas.

Hoy no podemos hablar aún de soluciones alternativas en nuestro país; pero las más recientes modificaciones legislativas indican que no estamos totalmente de espaldas a ellas y que se dan pasos en su dirección.

El hecho de ser Cuba un país donde priman los valores humanos y existen estructuras consolidadas para efectuar el control social, nos indicó que sería nuestro país un escenario adecuado para emplear las diferentes opciones que brinda el principio de oportunidad.

Otro elemento importante a tener en cuenta y que resulta un punto a favor de la introducción en Cuba de las alternativas de resolución de conflictos es que su empleo disminuiría el número de casos que llegan a los tribunales y perfeccionaría el ejercicio de la justicia.

Conclusiones

Sobre la base de la complementariedad en la aplicación de la Justicia Restaurativa con nuevas soluciones a los conflictos penales que sean compatibles con el orden penal interno que se pretende y partiendo de la idea de que la misión fundamental del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, pero sin olvidar de que también opera como protector de valores éticos y sociales, estabilizador de las expectativas sociales en cuanto a la existencia y eficacia del orden jurídico.

La dinámica de la Justicia Restaurativa opera precisamente en la autogestión de valores morales y protege la estabilidad comunicacional de las personas, proveyéndoles de las armas que le permitan ser protagonistas del logro de la paz social a través de la solución y/o prevención de sus conflictos.

Es imprescindible acoger la misma en nuestro ordenamiento legal como vía alternativa de la resolución de conflictos penales de manera tal que se pueda establecer un control sobre ella protegiendo así el principio de legalidad, lo que no entra en contradicción con lo establecido en nuestra Constitución y en los fundamentos de nuestro Código Penal.

En las regulaciones normativas deberá tenerse en cuanta el principio de oportunidad tanto para la víctima, el agresor y la sociedad lo que no es contradictorio ante el derecho pues se da la oportunidad al agresor de interiorizar y reconocer su culpabilidad, a ambas partes la recuperación del diálogo y la restauración de la relación social deteriorada por el conflicto y la resocialización con inmediatez del agresor.

La finalidad es descongestionar los tribunales, derivando el delito y sus consecuencias a cauces informales de solución de conflictos, haciéndolos por un medio ágil y eficaz, fortaleciendo el papel de la justicia, pues desaparece el carácter represivo sin dejar estigmas.

Este método tiene gran relevancia para la víctima, además de procurar una alternativa para soslayar la sanción, pues es un avance para ella que puede expresarse ante el propio ofensor y ser oída en un clima de absoluto respeto, del que seguramente resultará la comprensión.

La Justicia Restaurativa trata de mantener a salvo las previas relaciones personales, familiares o profesionales de las partes en conflicto a través de la obtención de una solución dialogada a la infracción. El proceso judicial produce distanciamiento, posturas enconadas y la ruptura de las relaciones entre las partes en conflicto; potencia el comportamiento pacífico de las partes, la cooperación y colaboración entre ellas en la obtención de una solución a la infracción; suele deparar escasas consecuencias y secuelas negativas, esta proporciona una solución pactada, acordada y cuyo cumplimiento se acepta mejor por las partes que una solución impuesta por un tercero.

Es un sistema de resolución de conflictos sencillo, flexible y con menor costo (temporal y económico) que el proceso común

Intentaremos a través de esta investigación sobre la Justicia Restaurativa y su posible implementación en la práctica penal cubana, que si se puede tomar en cuenta esta alternativa con probada eficacia internacional, como una posibilidad de disminución de la conflictividad penal y como parámetro que coadyuvará a elevar valores humanos de nuestro país, fomentando la cultura de la Justicia Restaurativa como cultura de paz y satisfacción social, alentando con ello la discusión en la construcción de nuevas experiencias que enriquezcan estas prácticas y que permitan elevar la satisfacción social con respeto a la justicia y la reeducación de los sujetos involucrados.

Sección No. 3gffhghgfh

Derecho Penal y Ciencias Criminológicas

Sección No. 4

Derecho de la Empresa y Derecho Internacional

Evolución jurídica de la protección jurídica de los bosques

RAISA MESA AGETE*

Desde épocas muy remotas las naciones civilizadas se preocupan por la conservación de las reservas forestales, teniendo como primicia la importancia que estos tienen para el desarrollo de la vida moderna. Los bosques constituyen el recurso renovable más versátil y mediante el cual la naturaleza brinda a la humanidad una gama de beneficios y servicios ambientales, sociales y económicos. Estos en sí mismos conforman ecosistemas que albergan miles de especies de la flora y la fauna, influyendo en la conservación de la diversidad biológica, así como son parte esencial en la regulación de las variables climáticas.

Al ser, los bosques, los mayores responsables del microclima, modifican las condiciones climáticas: atenúan la velocidad del aire, disminuye en la irradiación, regulan la temperatura, reducen la humedad. También las grandes masas boscosas tienden a aumentar el número de días lluviosos en el año, ofrecen a los suelos la más eficaz defensa contra la erosión: en el caso de los suelos degradados por cualquier causa, ponen de manifiesto su función pedógena, o sea, la capacidad para reconstruirlos, ya sea mediante la desintegración de las rocas, como aportando materia orgánica[295], es un deber de todos cuidar de estos, así como las legislaciones que regulen su protección sean efectivas, por lo que nos hemos trazado como objetivo en este trabajo investigativo demostrar cual ha sido la evolución histórica de la protección de los bosques.

Según Gallardo Gallardo, El Derecho Forestal es una rama especial del Derecho que puede ser definida como “el conjunto de normas y principios que tienen por objeto la preservación, conservación, incremento, manejo y aprovechamiento de los ecosistemas forestales”, este también impacta y es impactado en el Derecho Ambiental.

[295] Del Risco Rodríguez, Enrique, Los bosques de Cuba. Su historia y características, editorial Científico-Técnica 1995, p. 10.

Este desde sus orígenes se ha estado directamente relacionado con el Derecho Público y todas sus ramas, especialmente con el Constitucional, Administrativo, Económico y Penal. El Derecho Forestal tiene características propias y especiales que sustentan su reconocimiento y se estructuran a través de principios propios.

Este se apoya en tres principios fundamentales: la protección, la integridad y el fomento. El primero obliga además de que existan los ecosistemas forestales, a que sean mejorados, el segundo que se tomen las medidas pertinentes para su aprovechamiento y conservación y el último exige la implementación de políticas de fomentos que contemplen incentivos que deben ser costos del Estado.

En cuanto a la evolución histórica de la normativa forestal, Roma reguló el Régimen de propiedad agroforestal de la propiedad denominada compascua, es decir, bosques y terrenos dedicados al pastoreo de forma indivisa y aprovechamiento comunal, con carácter gratuito para un número de cabezas de ganado que no excediese de sesenta; forma de utilización comunal que ofrecía la variante, en ciertos casos, de aprovechamiento, abonando un canon, denominado "scriptura" que engrosaba el erario público. [296]

Señala el autor citado que la variante forestal de la agricultura revistió notoria importancia en la cultura romana. La clasificación catoniana de las tierras respondió a la utilidad, estructurándose en tierras de viñas, hortalizas, madera, olivar, prados naturales, tierras destinadas acereales, bosques y sotos, arbolado y bosques de encinas.

En la época visigoda, la agricultura se acomodó a la técnica romana, y así, junta a la compascua, surgieron sistemas de comunidad derivados del reparto de tierras entre los hispanoromanos y visigodos, a quienes en virtud del pacto (foedus) del año 418, se atribuyó la propiedad de las dos terceras partes de todas las tierras, grandes o pequeñas y todo lo inherente al cultivo de las mismas (casas, esclavos, aperos, etc..,)[297]

[296] Raposo Alceo, Juan Jesús. Régimen Jurídico de los montes vecinales en mano común en el marco del dercho Forestal, Tesis de Doctorado, La Coruña 1996.pp 72
[297] Raposo Alceo, Juan Jesús. Ob.cit.p.73.

Los Códigos de Recesvinto y Eurico protegieron de forma muy importante la propiedad forestal y el bosque en sí mismo, como una unidad económica. Institución propia de esta época es la denominada "campi vacantes". En su virtud, según describen, en los campos desiertos o vacantes, godos, hispanoromanos, vecinos y forasteros, y aún transeúntes, pueden apacentar en ellos sus ganados; pero estaba prohibido acotar algún trozo de estas tierras baldías para el aprovechamiento particular de los pastos.[298]

En la época de la Reconquista, los núcleos de población estable que se iban asentando en las tierras ocupadas, núcleos aglutinados especialmente por la necesidad de defenderse constantemente del común enemigo, satisfacían las necesidades de sus moradores labradores y pastores, recibiendo un extenso terreno para el aprovechamiento común en régimen de proindivisión. Estos terrenos se componían de campos de labranza, pero también de pastos y bosques, pudiéndose diferenciar en aquellos los "propios", que eran porciones de terreno que se arrendaban, y los "comunes", que eran terrenos usados o aprovechados en común, y con los que se atendía el abastecimiento de leñas, maderas, pastos, etc; condominio que en numerosas ocasiones lo era con un noble, generalmente un señor de la región.[299]

La importancia en el terreno económico y social de los terrenos comunes se pone de manifiesto en esta época con las leyes dictadas prohibiendo que fueren objeto del contrato de compraventa; prohibición que se decretó de forma especial entrado el siglo XIV.[300]

En 1325 el Ordenamiento de Alcalá prohibía la venta de tales terrenos y, si esta se hubiese producido, decretaba la devolución del objeto. Junto a esto la Ley 28 de las Partidas de Alfonso X establece que "los árboles, parras y viñas deben ser bien

[298] Raposo Alceo, Juan Jesús. Régimen Jurídico de los montes vecinales en mano común en el marco del dercho Forestal, Tesis de Doctorado, La Coruña 1996.pp 72
[299] Raposo Alceo, Juan Jesús. Ob.cit.p.74.
[300] Raposo Alceo, Juan Jesús. Ob.cit.p.74.

guardados, por lo que los que los cortan o destruyen, hacen maldad conocida"; penándose con la pena de muerte los darlos e incendios sobre montes.[301]

El 21 de febrero de 1841 se firmó en España un documento oficial donde se disponía la utilidad de los montes y la obligación imperativa, por parte de la administración pública, de cuidar de aquellos lugares que tengan árboles, arbustos o matorrales que no sean de puro ornato o de especial cultivo agrario.[302]

El Derecho Forestal en Latinoamérica comienza a considerarse como tal, esto es, como rama de las ciencias jurídicas, a partir del I Congreso de Derecho Forestal, denominado Americano, efectuado en Buenos Aires, Argentina, entre el 19 y el 24 de Noviembre de 1979, organizado por el Instituto Forestal Nacional (IFONA) y la Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería, evento en el que participaron representantes de Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos de América y Guatemala. Entre sus conclusiones se declaró, entre otras, que la legislación forestal debe estar presidida por el interés público, la importancia del Estado en su administración y fiscalización, la necesidad de proteger el equilibrio ecológico, implementar medidas de fomento forestal, mantener bosques nativos en producción sostenida, la preocupación por la contaminación de las actividades forestales y por las restricciones al derecho de propiedad y el reconocimiento de la autonomía jurídica del Derecho Forestal como rama sustantiva del Derecho. [303]

Cristóbal Colón descubre a Cuba en 1492, en ese momento la isla estaba formada por una amplia área boscosa, el encuentro entre dos civilizaciones produjo un choque, logrando la supremacía la más fuerte sobre la más débil, dando comienzo a la colonización, guiando este proceso a la explotación y saqueo de las riquezas naturales, provocando que se redujeran las áreas boscosas existentes, sin tener en cuenta la importancia de los montes. Mediante la Real Cédula de 1513 de fecha 18 de junio de igual fecha, le daban facultad al Cabildo para repartir las tierras, estas

[301] Raposo Alceo, Juan Jesús. Ob.cit.p.76.
[302] Isaac del Corral, José. Derecho Forestal Cubano, Tomo I. La Habana.1936.pp 3.
[303] Gallardo Gallardo, Enrique. 25 años de Investigación, Conocimiento y Difusión del Derecho Forestal y Medio Ambiente. Revista La Contribución del Derecho Forestal- Ambiental al desarrollo sostenible en América Latina. .IUFRO World Series 16. Viena 2006.

podían ser aprovechadas por los vecinos para satisfacer el autoabastecimiento de las posesiones coloniales, podían obtener madera y pastos del ganado.

En el año 1857 fue dictada las Ordenanzas rurales de 6 de septiembre 1857, en la parte pertinente a los montes y a la quema de los campos, la que fue necesaria para así corregir las faltas y daños que se cometían por la ignorancia o malicia de los habitantes.[304]

Esta establecía a que distancia de los montes se podía prender fuego, las responsabilidades que poseían los propietarios colindantes con respecto la protección de los árboles, cuáles podían ser podados, así como imponía multas para aquellas personas que llevaran instrumentos idóneos para talar los mismos, de igual manera para aquellas personas que se internaran en estos sin la correspondiente autorización, en todos los casos establecían multas para los que incurrieran en esta prohibiciones.

Regulaba la autoridad competente para autorizar la extracción de los productos del suelo dentro de los montes, la distancia a la que se debía construir un edificio y casa de labor, de igual manera establecía que los edificio existentes ya no podían establecer ningún taller de labrar madera, ni almacén para el comercio de ellas.

Se regula por vez primera la figura de los Guardas de campos municipales, estos eran los encargados de verificar que se cumpliera con lo regulado con respecto a la protección de los montes, aquellos particulares autorizados, además no se podía tener en las sierras de madera árbol, tronco o plantón sin que este lo autorizara y le haya puesto la marca.

Con posterioridad Las disposiciones de los años 1860 y 1874, referida a Cortes de madera en montes del Estado, reconocen que la Isla descuidó el control de la explotación de los montes, hizo que se produjera más de lo que la población necesitaba, motivado esto por los escaso conocimiento de la ciencia de los bosques

[304] Isaac del Corral, José. Derecho Forestal Cubano, Tomo I. La Habana.1936.pp 100.

y sus útiles aplicaciones, que si no se realizaba pronto se produciría naturales y graves consecuencias.[305]

Se comienza a regular el procedimiento a seguir para la venta o arrendamiento de terrenos, corta de madera o cualquier otro aprovechamiento en los montes del Estado, lo que se realizará a través de un expediente, el que será resuelto por el Gobierno Superior Civil, siempre oyendo el criterio de los ingenieros.

Las disposiciones reguladoras de la Ordenanzas de 1876 no contenían disposiciones protectoras a favor de esta propiedad especial. Los españoles talaban los montes pensando siempre en un beneficio particular.

Todo esto provocó que no se contara con conciencia de protección de los montes, lo que apresuró el proceso de desaparición de estos casi en su generalidad, aumentándose aceleradamente en la época del azúcar, la que obtuvo un precio excepcional. El desarrollo azucarero propició la devastación acelerada de los recursos naturales, al talar indiscriminadamente los bosques para satisfacer las necesidades básicas: tierra para cultivos, leña para la industria, así como caminos y leña para el ferrocarril que transportaba la caña cortada.

El 26 de agosto de 1877 se establece un Decreto para el establecimiento de guías para la conducción de productos forestales, la misma regula que para circular ser embarcados o desembarcados deben ir acompañadas de la guía correspondiente, si lo hacen sin este requisito se consideraban como fraudulentos, y serían decomisados o secuestrado, así como establecía los funcionarios autorizados para expedir las mismas, que estas eran gratuitas.

En 1863 se dictó la Ley de 24 de mayo de igual año, dictada por Isabel II, para España pero se aplicó en nuestro país, en esta se hacia una nueva clasificación de los montes en montes del Estado y montes de los pueblos y de los establecimientos públicos, así de los terrenos y montes comunes, establecía como se realizaría la adquisición de estos, aclaraba que esta ley no alteraba las anteriores exceptuando la desamortización.

[305] Isaac del Corral, José. Derecho Forestal Cubano, Tomo I. La Habana.1936.pp 105.

En la etapa republicana se dan nuevos pasos en las regulaciones en temas ambientales, dentro de ellos se destacan el año 1923 en ellos se dictan una serie de legislaciones que regulan la protección de los bosque en Cuba, que para ese período ya se encontraban bastante deteriorados, dentro los que se destacan: el Decreto 295 de 1 de marzo de 1923, el mismo tiene como fin lograr que no se realicen talas ilegales, ya que establece que los dueños o encargados de finca donde se realicen aprovechamientos forestales deben tener en el mismo lugar del monte la licencia expedida, así como llevaran un libro donde registren cada día la cantidad y clase de productos forestales , de igual manera lo tiene que tener en el déposito fuera de los límites de explotación.

De igual manera el Decreto 753 de 24 de mayo de 1923, Reglamento para el Régimen de los montes protectores y de los recursos forestales, en este se limita la utilización de las riquezas maderables del país sin incidir en el agotamiento de los bosques.

En este decreto se regulan instituciones que con otros matices se encuentran en la actual legislación forestal, dentro los que se destacan:

-Reserva Forestal, la que tiene como objetivo conservar en el país masa de árboles que impidan la extinción de los montes.

-Repoblación forestal, obligación de plantar árboles de rápido desarrollo en los alrededores de los manantiales.

-Guía Forestal, documento que autoriza al propietario a transportar los productos forestales por cualquier lugar de la isla.

El Decreto–Ley 772 de 24 de mayo de 1923 establece la prohibición de cortar la Palma Real y los árboles frutales, así como se prohíbe el desmoche de las palmas, estableciendo el procedimiento a seguir con cada infractor.

En 1959 la situación ambiental se caracterizaba por la degradación y erosión de los suelos, las aguas el relieve y la vegetación, así como reducción del área boscosa, provocando una importante pérdida de la diversidad biológica. No fue hasta

el triunfo Revolucionario que se tomaron medidas para preservar el patrimonio forestal.

Desde los primeros meses en el poder el nuevo gobierno promulgó leyes encaminadas a salvaguardar las riquezas que en este sentido tenía el país, la Ley 100 del 23 de febrero de 1959, establecía la creación del Departamento de Repoblación Forestal del Ejército Rebelde.

El 10 de abril del propio año se dictó la Ley 239 llamada “Plan de repoblación forestal por el Ejército Rebelde que daba la misión de planificar la recuperación, conservación, fomento y aprovechamiento de los recursos naturales renovables del país, protegiendo los montes, repoblando los suelos y organizándolos como fuentes permanentes de materia prima y trabajo estable en beneficio de la economía y progreso del país.

Durante los años 1962 y 1963 el Instituto Nacional de Reforma Agraria emitió diversas disposiciones relacionadas con el tema, dentro de las que se encuentran la 289 de 1962, sobre la conservación, mejora, fomento y protección de los montes, la 412 de 1953 sobre la declaración como reservas naturales de áreas del patrimonio forestal.

Se siguieron dando pasos como muestra de la voluntad estatal de perfeccionar el trabajo y se promulgaron leyes, decretos y resoluciones que definieron las facultades y el uso racional de los recursos forestales.

La Ley 1204 de 1067 creó el Instituto Nacional de desarrollo y Aprovechamiento Forestal, donde dispone como misión ejercer la vigilancia necesaria para la conservación de los montes y la fauna silvestre, se constituyeron los cuerpos de vigilancia y protección forestal, adjunta a dicho instituto.

Se evidencia como se emprendió un ambicioso programa forestal, que permitió revertir el proceso de deforestación que se venía observando desde la colonización y se había acentuado a partir de la seudo república.

Con la celebración de la Cumbre Mundial sobre Medio y Desarrollo, en 1992 , en Río de Janeiro se derivaron una serie de instrumentos jurídicos como la denominada Declaración de Río, L agenda 21, así como la Declaración de principios sobre bosques, hizo que Cuba tuviera una serie de compromisos ineludibles en el orden internacional.

El primer paso fue reformular en la reforma constitucional de 1992, el artículo 27 de la Constitución 27, el que consagra el deber del Estado y de todos los ciudadanos de la preservación del medio Ambiente.

En 1993 se dicta el Decreto – Ley 136 del patrimonio Forestal y la Fauna Silvestre y el Decreto 180 sobre contravenciones en las Regulaciones Forestales, estas disposiciones constituyeron un hito importante para el desarrollo sostenible, el decreto Ley 136 clasifica los bosques en bosques productores cuyo destino principal consistía en satisfacer las necesidades de la economía nacional y los bosques protectores que por su ubicación sirven para conservar los suelos y las aguas, así como el control de incendios, la reforestación, así como la creación del Cuerpo Guarda bosques.

Este fue insuficiente para contener los innumerables actos depredatorio del patrimonio forestal , en la política unido a esto tuvimos profundas transformaciones y cambios en la organización y cambios en la organización y explotación forestal , en la política ambiental, en la estructura de la tenencia de la tierra que aconsejaron la propuesta de una nueva Ley Forestal.

El 21 de julio de 1998 fue promulgada la Ley No. 85, Ley Forestal de Cuba, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder.

La definición, fortalecimiento y desarrollo de una política ambiental propia en el país, las profundas transformaciones en la tenencia de la tierra, la necesidad de incrementar el aprovechamiento de los recursos forestales para satisfacer las necesidades de la economía, conjugándolos con un equilibrado régimen de protección y conservación de los bosques y la necesidad de reglamentar y fortalecer el papel controlador del Estado sobre el patrimonio forestal de la nación, fueron los factores principales, unidos a insuficiencias de la legislación anterior, que dieron vida

primero a la elaboración y el amplio debate sobre el Proyecto legislativo forestal, finalmente convertido en Ley en la fecha señalada.

Los objetivos de la Ley son claros y precisos. Se pueden expresar textualmente, sin comentarios, tal como están definidos en su primer artículo:

- Establecer los principios y las reglas generales para la protección, el incremento y el desarrollo sostenible del patrimonio forestal de la nación;
- Controlar los recursos del patrimonio forestal por medio de las regulaciones establecidas y de los órganos y organismos competentes;
- Promover e incentivar la repoblación forestal con fines económicos, de protección sociales, así como los manejos silvícolas en plantaciones y bosques naturales;
- Conservar los recursos de la diversidad biológica asociados a los ecosistemas forestales;
- Proteger los bosques contra los desmontes, las talas irracionales, los incendios forestales, el libre pastoreo, las plagas y las enfermedades, así como otras acciones que los pueden afectar; y
- Regular el uso múltiple y sostenible del patrimonio forestal y promover el aprovechamiento racional de los productos del bosque.

La Ley Forestal, como toda norma jurídica que regula una importante rama de la economía nacional que a su vez tiene también un gran valor desde el punto de vista medio ambiental y social, requiere de disposiciones complementarias que faciliten su eficiente aplicación. Durante el año siguiente, se elaboró, debatió, aprobó y además se instruyó y divulgó, conjuntamente con la Ley, su propio Reglamento, mediante la Resolución No. 330/99 del 7 de septiembre de 1999, que consta de 171 artículos y reglamenta al detalle todos los procedimientos a observar y cumplir para la aplicación de la Ley.

Asimismo, se aprobó el Decreto No. 268 del 8 de septiembre de 1999 sobre las Contravenciones de las

Regulaciones Forestales, que permite sancionar por el Servicio Estatal Forestal y por el Cuerpo de Guardabosques las infracciones de la Ley y de su Reglamento con multas y otras medidas como decomisos, obligaciones de reforestar, etc.

De positiva, puede resumirse hasta ahora la aplicación de la Ley Forestal y sus regulaciones complementarias. En el sector forestal del país, ha sido acogida, entendida y cada día más respetada por los empresarios y otros tenentes del patrimonio forestal. Además, desde el punto de vista ambiental, ha sido importante su divulgación y compresión por parte de la comunidad, de las autoridades locales, y de los campesinos pobladores de las zonas boscosas.

La Ley Forestal, se inserta en la política y la legislación ambiental de Cuba. También se enmarca en las temáticas globales que caracterizan el debate internacional sobre los bosques.

Ratifica la prohibición del desmonte para evitar la reducción de los bosques. Esta prohibición estaba en la legislación anterior y está en la Ley del Medio Ambiente de1997, con la diferencia que no existía procedimiento para tramitar la excepcionalidad, que solo autoriza el Consejo de Ministros. El Reglamento Forestal estableció dicho procedimiento, que es sencillo en la tramitación pero riguroso en la concesión. El Decreto de Contravenciones elevó la multa por infracción de 50 a 2000 pesos y estableció la obligación de reforestar el área desmontada sin autorización.[306]

El Capítulo IV, dedicado a los "bosques y su clasificación", incluye los bosques de conservación y define las categorías de los bosques de protección y conservación. El Reglamento forestal estableció la metodología y el procedimiento para reclasificar y categorizar todos los bosques del país.

En el plano internacional, Cuba es parte de diversos tratados internacionales que tienen relevancia para los bosques, tales como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio Marco sobre Cambios Climáticos y la Convención para la Lucha contra Desertificación.

[306] Garreaga Alonso, José M. la ley forestal en Cuba: Su importancia y repercusión. Estudio legislativo de la FAO en línea 17. Junio 2001.pp 9.

Indudablemente, no todo está hecho. Pues se trata de un trabajo permanente, sobre todo de convencimiento y persuasión en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales para lograr el desarrollo sostenible de los bosques.

Por primera vez, la legislación forestal cubana reconoce derechos −y no solo deberes− de las personas con relación al bosque, y en especial concede derechos de uso a los habitantes de los bosques, o sea a las personas que viven permanentemente en esas zonas, siempre que el ejercicio de tales derechos no afecte su integridad ni la biodiversidad asociada a ellas (capítulo VI). Esos derechos consisten en la recogida de frutos, leña seca, plantas medicina. [307]

Conclusiones

El Derecho Forestal es una rama especial del Derecho, que desde el Derecho Romano se palapan sus los interés del Estado por regular el mismo, en nuestro país en la colonia tiene sus inicios la explotación y saqueo de las riquezas naturales, provocando que se redujeran las áreas boscosas existentes, sin tener en cuenta la importancia de los montes, lo que hizo necesario que se comenzaran a dictar disposiciones que regularan la explotación de los montes, de igual manera sucede con la seudo-república. Tomándose un número mayor de medidas con el triunfo Revolucionario en aras de preservar el patrimonio forestal, reconociendo derechos y no solo deberes de las personas con relación al bosque, y en especial concede derechos de uso a los habitantes de los bosques.

Indudablemente, debemos mantener un trabajo permanente, sobre todo de convencimiento y persuasión en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales para lograr el desarrollo la protección y el sostenible de los bosques.

[307] Garreaga Alonso, José M. la ley forestal en Cuba: Su importancia y repercusión. Estudio legislativo de la FAO en línea 17. Junio 2001.pp 7.

Bibliografía

Carpio Camaroti, C. "Producción y consumo de productos forestales en Cuba", Cuba Forestal, Vol. 1, Año 1, 2000.

Gallardo Gallardo, Enrique. 25 años de Investigación, Conocimiento y Difusión del Derecho Forestal y Medio Ambiente. Revista La Contribución del Derecho Forestal-Ambiental al desarrollo sostenible en America Latina. IUFRO World Series 16. Viena 2006.

Garea Alonso, J. M. Comentarios a la Legislación Forestal Cubana, Habana, 1999.

Garea Alonso, J. M. "Regulaciones complementarias de la Ley Forestal", Cuba Forestal, Vol. 1, Año 1, 2000.

Garea Alonso, J. M. Formas de Explotación de la Tierra y Legislación que las Ampara, Habana, 1999.

Garea Alonso, J. M. Las Reformas Agrarias en Cuba, Habana, 1994.

Garreaga Alonso, José M. la ley forestal en Cuba: Su importancia y repercusión. Estudio legislativo de la FAO en línea 17. Junio 2001.

Lama Gómez, M. A. y Brito de la Osa, E,"Cuerpo de Guardabosques", Cuba Forestal,

Vol. 1, Año 1, 2000.

Gómez Ricaño, J. R Aspectos Principales de las Leyes forestales en Cuba. Habana, 1982.

Herrero Echevarría, J. A. "Criterios e indicadores para el manejo forestal sostenible",Cuba Forestal, Vol. 1, Año 1, 2000.

Linares, E. G. “Política Forestal de Cuba”, Forestry Policies in the Caribbean, Volume 2: Reports of 28 Selected Countries and Territories, Forestry Paper 137/2, FAO, Rome, 1998.

Paveri-Anziani, M y. Mekouar, M. A, Formulación de una nueva ley forestal. Informe de misión. TCP/CUB/5612. FAO, Roma, 1996.

Plan de Acción Forestal para Cuba. Documento Base. Ministerio de la Agricultura, Habana, 1991.

Raposo Alceo, Juan Jesús. Régimen Jurídico de los montes vecinales en mano común en el marco del dercho Forestal, Tesis de Doctorado, La Coruña 1996.

Ley Forestal, su Reglamento y Contravenciones, Servicio Estatal Forestal, Habana, 1999.

Leyes de Montes y Caza, Habana, Editorial Lex, 1942.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, 1976 (modificada en 1992).

Decreto-Ley 136 del Patrimonio Forestal y la Fauna Silvestre, 1993.

Resolución 15, Creación, Atribuciones y Funciones de la Dirección Forestal, 1995.

Resolución 56/96, Funciones, Responsabilidades y Estructura de la Dirección Forestal en Provincias y Municipios, 1996.

Resolución 143/95, Órganos de Atención al Desarrollo de las Montañas, 1995.

Decreto-Ley 125, Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra y Bienes Agropecuarios, 1991.

Ley 81 del Medio Ambiente, 1997.

Ley 85, Ley Forestal, 1998.

Resolución 330/99, Reglamento de la Ley Forestal, 1999.

Decreto 268, Contravenciones de las Regulaciones Forestales, 1999

Decreto-Ley 200, Contravenciones en Materia de Medio Ambiente, 1999.

Proyecciones del abogado en el proceso laboral común desde el punto de vista ético y profesional

LAURA NÚÑEZ LAZO*
GIANNI VERA MARTÍNEZ**

Introducción

La materia Laboral es una de las tantas que conforman el Derecho ; pero es bastante evidente que no resulta ser de las de mayor agrado de nuestros abogados y creemos que la razón elemental de ese rechazo viene dada en que dedicarse a ella supone un compendio de actuaciones que se tornan sumamente complejas y desgastantes en tanto nos absorbe demasiado tiempo en los Tribunales sin que ni tan siquiera pueda avizorarse en el mayor número de los casos la expectativa o esperanza del resultado que se procura alcanzar.

Lo antes dicho como es lógico frustra, crea descontento y hasta va en detrimento de nuestros abogados desde el punto de vista profesional aunque hayamos sido lo suficientemente capaces, diligentes, éticos y responsables en lo que respecta a nuestra actuación porque al no aflorar el resultado querido nuestro cliente está insatisfecho y la centralización de este en lograr asistencia para el derecho que clama le crea una especie de ceguera que no lo deja ver el buen trabajo que le ofertamos y mucho menos aún dilucidar con certeza que en el plenario laboral carecemos de la facultad de decidir sobre el tema de la controversia .

Sabemos que la tendencia ante esto que aducimos es que el cliente en su desespero de no ver realizado su sueño o aspiración que tuvo para con la interposición del proceso trata de buscar otra explicación al fracaso de su asunto que no fue la que certeramente le dimos y se torna muy pero que muy frecuente que este se enfile para el abogado, agenciándose de cualquier falla que a su consideración haya habido por pequeña que esta sea para concluir que todo se debió a que no le hicimos una buena representación y es esta una de las razones elementales por las que nuestros abogados de Bufetes Colectivos tienen que luchar porque su despliegue en ese orden sea bueno y de calidad ya que es esa la única manera de

protegernos, de poder ponernos como diríamos en buen argot el chaleco antibalas, de poder enfrentar a ese cliente insatisfecho y decirle ajustadamente y sin faltas de profesionalidad ni de respeto que puede lanzar lo que quiera que no nos va a penetrar porque verdaderamente no tiene por donde cogernos porque hemos sido diligentes, capaces, porque hemos cumplido correctamente el mandamiento de fidelidad que le debemos al mismo y porque en breves palabras desde nuestra posición y desde nuestra trinchera de la defensa hemos sabido ofertarte lo mejor de sí, un trabajo óptimo y de calidad que está a la altura de lo que somos y de nuestra Organización, para lo cual hemos tenido que abrazar muy de cerca y de manera inseparable las normas y los principios de nuestra sociedad, las normas que rigen con carácter general y especial para la materia laboral y todas aquellas disposiciones jurídicas que tiene previstas la ONBC para el correcto ejercicio de la abogacía desde el Decreto Ley 81 que es el que regla nuestra actividad como abogados y el funcionamiento de la organización a la que nos debemos hasta la resolución 142 de 18 de Diciembre de 1984 que constituye su reglamento, el Código de Etica de la ONBC, Los Parámetros de Calidad que rigen para el Laboral y que básicamente ordenan el trabajo del abogado en la supramentada materia , la Ley 116 que es nuestro actual Código de Trabajo , el Reglamento del Código de Trabajo que es el Decreto 326 que establece el Procedimiento a seguir sea cual sea el tema y demás normas que nos informan y retroalimentan para hacer más correcta nuestra labor en el orden laboral como lo es el Código Civil que todos sabemos que es supletorio para todas las materias en cuanto a lo no previsto en ella y demás leyes que resulten de aplicación al caso que se esté examinando según sea el tipo de asunto que esté en análisis. .

Que coherentemente con lo anterior decimos que está más que visto y comprobado en la práctica diaria que realizan los abogados de nuestra organización que se dedican a la materia laboral y al proceso de este tipo en cuestión que desde que comienza este hasta que concluye lo que se depara es un camino lleno de escollos y de adversidades que resultan casi imposibles de vencer porque ellas ocurren de una manera súbita, contínua y desafiante siendo que ahí es donde el abogado que interviene está llamado a imponerse y a crecerse con una actitud digna, respetuosa,

leal, responsable, con estricto apego a lo que refrendan nuestras leyes y con un comportamiento ético, moral y profesional que esté por encima, que sorprenda a todos y que deje impregnada la huella de lo que realmente somos, abogados cubanos que estamos a tono con el contexto histórico que se vive en nuestro país, que no estamos al margen de los cambios legislativos operados en la materia laboral ni tampoco al olvido de las normas que rigen nuestro funcionamiento y muy conscientes ante todo de la tarea que tenemos ante sí..

El Proceso Laboral es un Proceso muy desafiante y representa aquel combate que asumimos con plena conciencia del desbalance de poder que existe entre los empleadores y los obreros pero que decides ejercer para luchar enconadamente contra esas fragantes violaciones de derechos que padecen los trabajadores, las que en la mayoría de los casos no son más que manipulaciones de los administrativos que ostentan el poder, violaciones de preceptos jurídicos y conductas obstinadas e impropias que hay que vencer en aras de que se fortalezca la legalidad socialista y el cumplimiento de nuestras leyes que son de alcance general para todos los ciudadanos.

Cuando salimos airosos de un Proceso Laboral es mucha la satisfacción que sentimos y diríamos que simbólicamente es como si hubiéramos derrotado a un gran gigante que es esa Administración con todos sus subterfugios, llena de imprevisiones ,con toda esa posibilidad de transformar las cosas desde su espacio donde al abogado le es imposible irradiar, con la utilización de su poder y con el impacto que es sabido incluso que causa su abogar ante los Tribunales pués ellas tienen todas o mejor dicho casi todas las armas para tratar de hacer ver que no nos asiste la razón y que lo que decimos en la vía judicial no se corresponde con la realidad.

Realmente el Proceso Laboral sin que nos quede nada por dentro debemos calificarlo (sin menospreciar otras disciplinas que también sugieren una infatigable labor de nuestros abogados) como un derecho de titanes, el derecho de los incansables, el derecho con respecto al cual debemos procurar que nuestros profesionales se estimulen y se determinen al ser un derecho necesario, un derecho que nos toca de cerca a todos los que nos dedicamos en nuestra sociedad a una

actividad socialmente útil durante un gran tiempo de nuestras vidas ya que desde el arribo de la edad laboral que son los 17 años hasta la edad de la jubilación somos todos con la excepción de los incapacitados y de los menores de edad sujetos del derecho laboral y del proceso laboral en cuestión.

Desarrollo

El abogado que asuma un asunto laboral debe procurar darle cumplimiento a todo lo que ordena su trabajo desde el punto de vista ético moral y profesional, tener mucha lucidez, mucho tacto, aplicar incluso aspectos que te brinda la propia psicología humana y demostrar siempre su suficiencia porque el compromiso es muy alto frente a los continuos desafíos que hay que asumir y es por ello que siguiendo de cerca este planteamiento de una manera sencilla, y considerando lo útil que pudiera ser tanto para un abogado adjunto que nunca ha incursionado el Proceso Laboral, como para aquel egresado que tampoco ha verificado nunca un proceso de este tipo , como para aquel abogado que es miembro de la organización y que pudiera un buen día tener el compromiso de asumir la defensa de un trabajador, que nos hemos dado a la tarea de desarrollar, quizás no de una manera tan perfecta y acabada; pero sí de un modo organizado y sencillo fusionando todo lo elemental que decíamos en nuestra introducción sobre los cuerpos normativos que hay que tener en cuenta para la buena actuación del abogado en el Laboral y combinándolo con los distintos pasos que impone el propio Proceso Laboral Común como sería la proyección del abogado y lo que debe hacer este en cada estadío procesal del mismo.

Que así las cosas las proyecciones que debe adoptar un abogado de nuestra ONBC frente al Proceso Común Laboral son las siguientes:

1.EL CONTRATO: El letrado debe hacer alusión en todo momento a que el cliente solicita sus servicios jurídicos a fin de que el mismo lo represente y defienda en toda su magnitud en el proceso laboral que tendrá lugar en el T.M.P X con motivo de este haber demandado a la Administración de su centro de trabajo por su inconformidad con el Acuerdo No tal que dictó el OJLB en su caso que aparece inmerso en la resolución tal, de fecha tal, ya se trate el tema de un problema con la disciplina o de un Mejor Derecho.

A la hora de contratar también debemos tener presente que nuestra representación pudiera estar determinada en contratar los servicios para asumir la representación legal de un no recurrente por haber vencido el obrero en el OJLB, haber recurrido la Administración como parte inconforme y tener este que acudir al Proceso de un modo forzoso para defender el Acuerdo que lo favoreció, en aras de evitar que la Administración reclamante obtenga lo que inicialmente pretendió en su contra.

En ambos casos o sea tanto si se contrata a un recurrente como a un no recurrente el abogado deberá especificar la fecha que se ha previsto para el desarrollo de la vista , que se compromete a personarse en las actuaciones obrantes en el Tribunal, a realizar estudio del Expediente del OJLB, asistir a la vista, asumir la defensa, entrevistarse con la trabajadora o el trabajador previo a la comparecencia, a presentar pruebas beneficiosas o útiles y a notificarse de la sentencia que en su día se dicte. También en el Contrato se fija la obligación al contratante de aportar ante el abogado que asume su representación todas aquellas pruebas que tenga en su beneficio antes del Juicio.

Se debe consignar que se le ofrece lectura a las Cláusulas del Contrato y advertírsele al contratante del término de 180 días para formular Procedimiento de Revisión ante la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular de haber resolución adversa, contado dicho término a partir del día siguiente hábil de la notificación de la sentencia y tratándose en todo momento de días naturales..

Puntualizamos a tono con lo anterior que en este momento inicial del contrato es donde aplicamos parámetros de calidad previstos por la Organización para el Proceso Laboral para un instante en que dejamos marcado el inicio de nuestra representación que regula el artículo 1 del Capítulo 1 del Decreto Ley 81 Sobre el Ejercicio de la Abogacía y es donde vamos sentando las bases del ejercicio de nuestras funciones según dispone el artículo 2 de este propio cuerpo normativo, cumplimentándose también en este orden lo previsto en la Resolución 142. Reglamento del Ejercicio de la Abogacía en lo que concierne a su artículo 1 y 2, además de verse que con la concertación del Contrato se sientan las bases para dar

cumplimiento al fin de la Organización que plasma el artículo 5.1 del propio Reglamento ya invocado .

El abogado desde el origen del proceso que es en sí la contratación del servicio debe esforzarse por causarle la impresión al cliente de su lealtad, de su empeño y dedicación por defenderlo, de su respeto en el trato que desarrolle hacia él y para esto tiene que ser en extremo cuidadoso porque aquel quiere volcar sobre el letrado toda su inconformidad, todo lo que tiene dentro que va a resultar muy útil para lo que viene después que es en puridad su defensa y hay que tratar de frenarlo en ese impulso para no desgastarnos en demasía dejándolo expresar a grosso modo ciertas ideas para inferirle sensibilidad y receptividad ante su caso; pero explicándole como es el procedimiento y que cualquier coloquio profundo en ese momento es desatinado por no haberse visto aún el Expediente del OJLB y justamente lo que hay que enfrentar, alentándole siempre que ese momento va a llegar y que usted como su abogado de la defensa sin él no es nadie luego de hacer ese examen como tampoco él sin usted lo es. Es preciso que desde los orígenes del asunto haya una buena comprensión entre abogado y cliente y se fragüe una correcta relación en todos los órdenes. Hay que ser ético hay que procurar que fluya la comunicación y el máximo entendimiento porque si no logramos eso desde los orígenes todo puede ser muy difícil y revertirse en perjuicio con respecto al resultado de nuestro trabajo.

En este momento deben observarse los artículos del 7 al 10 del Código de Etica de la ONBC.

3. EL ESCRITO DE PERSONERÍA: Acto seguido a la elaboración del Contrato con el trabajador Recurrente o No Recurrente el abogado deberá trabajar en base a completar su acreditación ante el Tribunal como lo ordena la ley haciendo la redacción del llamado Escrito de Personería que es un escrito sencillo cuya finalidad en su forma de redacción es de hacer llegar la idea en coherencia con el debido Contrato de Servicios jurídicos que se ha suscrito de que esa persona lo ha designado para que ostente su representación legal en la vía judicial.

Este Escrito de Personería se puede presentar previo a la vista o en el propio acto de la Comparecencia lo cual se hace siempre de manera anexa al Convenio y es así

la forma en que se prueba que el abogado está debidamente legitimado según ley para asumir la defensa de su cliente, siendo que dicha documentación hace posible que se pueda ir al Tribunal a personarse en las actuaciones y evacuar el debido estudio del expediente del OJLB que consta unido en cuerda floja a las actuaciones. Del Escrito de Personería se debe dejar constancia para el Expediente o Cuaderno del Bufete tal y como sugieren nuestras normativas de la organización, cuaderno con respecto al cual todos sabemos que se habilita con una Hoja de Trámites para dejar en ella la constancia de cuanta incidencia o trámite se verifica por el abogado desde el inicio del asunto hasta su conclusión por sentencia o resolución que en su caso se dicte.

3.-.DESPACHO O ESTUDIO DEL EXPEDIENTE DEL OJLB: Realizar estudio de Expediente del OJLB que aparece obrante en el Tribunal es de suma importancia para el buen ejercicio de la defensa en el Proceso Laboral Común sobre todo porque hemos visto la tendencia de que las Administraciones a contrario sensu del operar de nuestros abogados de Bufetes de no enseñar en la primera oportunidad las escasas armas con que contamos lo argumentan todo y es el único momento donde se nos aporta algo valedero para poder encausar nuestra debida representación legal.

Una vez concentrado en el despacho del Expediente el abogado debe copiar todo lo que sea elemental al caso y desechar aquello que no le resulte interesante pero como el proceso laboral es tan incierto, es tan difícil y lo más mínimo nos puede servir de utilidad y provecho en un momento determinado hay que tratar de conseguir una panorámica de todo porque aunque no lo utilicemos con efectividad y arraigo como una prueba para lo que nos proponemos en el debate al menos nos sirve como elemento de ubicación sobre el tema que se esté discutiendo y nos permite estar alertas y a la ofensiva de lo que acontece en la vista pués son esos detalles los que nos mantienen informados de todo lo que se hable durante el acto de la comparecencia y los que nos sirven para rebatir cuando se estén tergiversando ideas.

En el despacho o estudio del Expediente se hace importante consignar siempre las fojas y cuando no resulte en nada importante algún documento obrante a nuestra

consideración como abogados al menos se debe especificar el número de la foja y como se llama lo que en ella se hace constar.. Se debe hacer mucho énfasis en la Resolución inicial de Medida Disciplinaria que también puede adoptar el tipo de acta sanción., en el Acta de la Comparecencia del OJLB y en las pruebas practicadas en esa instancia y por último en la Resolución del OJLB contentiva del Acuerdo que se adoptó con todo aquello que le sirvió de fundamento a la decisión que se acordada.

En caso de que sea la Administración la recurrente debe verse siempre el escrito de interposición de Apelación a la vía Judicial ya que con independencia de que en la Vista ellos refuercen esos criterios podemos ya preconcebir aquellos aspectos que hay que enfrentar Casi siempre el obrero trae la resolución inicial y la del OJLB por lo que al tenerla en su poder el abogado puede sugerirle al obrero que se la entregue y de esa manera economiza y no tiene que copiarla.

4. ENTREVISTA CON EL CLIENTE: Con independencia de que el abogado logre entrevistarse con el trabajador que va a representar en los Tribunales al momento de la concertación del Contrato y resulte advertido en ese momento en las conversaciones sucedidas entre ellos de todo un compendio de eventos y situaciones inherentes a su caso estimamos que ese momento no es el de una verdadera entrevista, sino un intercambio breve que se produce y significa no más que una familiarización y ubicación con su caso.

Que la verdadera entrevista con el cliente consideramos que se logra luego de haber estudiado en el Tribunal las actuaciones del OJLB pués ya con la idea acertada de lo que se ha tenido en cuenta para decidir como se ha fallado o al menos de lo que existe como precedente del asunto se logra una retroalimentación entre representante legal y representado de modo provechoso que es lo que da con carácter eficiente el trigo necesario para enfrentar la contienda procesal. Así las cosas hemos tenido más que visto que el trabajador frente a lo que existe te hace valoraciones, te da aportes para el enfrentamiento, te alimenta y a la par vas alimentando tu tesis de defensa desde el punto de vista profesional al ubicarte en la ley y ubicar los preceptos que sirven de sustento a la defensa.

Para que lo anterior se logre es lógico que el abogado da a conocer a su cliente de lo que hay foja a foja en el Expediente y este le va dando descargo a este y a la vez lo informa de elementos para articular a su favor en la vista para desmentir a la Administración, momento este en que también te vas dando cuenta de las pruebas que necesitas para contrarrestar lo que hay en su contra y fomentar su dicho . Debes dejar constancia escrita de esta entrevista para el cuaderno al igual que de la personería porque así lo exigen nuestros parámetros de calidad vigentes para la materia. .

5.-SEÑALAMIENTO DE LA VISTA.

La vista se señala para un día y hora en el órgano judicial de que se trate y los abogados deben exigir a la técnico auxiliar que los mantenga informados del seguimiento del caso con independencia de que también se vaya a dicho órgano a interesarnos en persona por el mismo . Se debe conseguir la extrema fluidez de relaciones con el trabajador que vamos a representar para que este si recibe cita nos aperciba al momento de la situación porque podemos estar enrolados en otros actos judiciales e imposibilitados de asistir a Juicio y así pidiéramos hacer valer lo que está previsto en ley para que no prime ninguna dificultad.

Si alguna de las partes por causa justificada no concurre al primer señalamiento el Tribunal señala para otro día la vista; pero si en la segunda oportunidad no se asiste se corre el riesgo de que el Tribunal en su mera facultad celebre la vista sin la parte en su perjuicio y más si tiene abogado personado a su nombre en el asunto. En esto desde nuestra posición de abogados hemos visto que se lleva más recio al trabajador que a la Administración pués en algunos casos dejan de comparecer sin hacer llegar causa que los justifique y se cita de nuevo a la comparecencia sin que nada nefasto le suceda. El abogado debe procurar siempre que la vista se celebre con l presencia del trabajador que representa porque eso es plena garantía para él ya que es pura desventaja y la situación puede estar presta a comentarios y a falsas interpretaciones sobre el modo o forma en que tuvo lugar la Comparecencia.

5. COMPARECENCIA PUBLICA: Una vez en la vista, las cuales en ocasiones se efectúan en la sala de Juicio y en otras en un local de oficina que se habilita para ello el abogado debe sentarse al lado del trabajador que representa. El letrado debe estar concentrado y ubicado en todo tiempo en este tipo de acto de justicia y dominar por ende que debe imponerse con todo arraigo con comportamiento ético y moral y con profesionalidad, teniendo en cuenta que debe cumplir a cabalidad lo que preceptúa el Código de la Ética de nuestros abogados en sus artículos del 7 al 10 que versan sobre como deben ser sus relaciones con el cliente que defiende, lo que preceptúan los artículos del 12 al 15 sobre como deben ser sus relaciones con los colegas que puedan estar participando de conjunto con él en el caso, los artículos del 16 al 18 que reglan como deben ser sus relaciones con los jueces y demás funcionarios que intervengan en el acto y los artículos 19 y 20 que definen como deben ser sus relaciones con la contraparte, con los testigos y con los peritos que acudan al Juicio .

   El abogado actuante deberá también conocer que al asumir la representación legal del trabajador no se le permite que hablen los dos y que excepcionalmente sobre un aspecto que no sepa explicar nítidamente puede interesar respetuosamente del órgano judicial que dirime que se le conceda la palabra a su cliente para abordar ese particular en específico. Esta cuestión es también preciso explicárselas al cliente para ordenar el trabajo y evitar que este entienda las características del proceso y que no se generen indisciplinas de su parte que puedan ir en detrimento de nuestro correcto proceder y hasta de su propia persona. En el debate laboral siempre que sea posible y las circunstancias nos lo permitan hay que acentuar bien nuestra ubicación como abogado de la defensa que somos y de ser posible debemos sentarnos en el banquillo del centro para tener frente a frente al Tribunal dejando que la Administración asuma el lateral. Esto que decimos pudiera parecer poco importante pero en nuestra opinión favorece al abogado en cuanto al logro de una mayor concentración para sí y para el Tribunal que lo escucha.

   Cuando el Tribunal entra en sala antes de ser requerido para que nos pongamos de pié el letrado actuante debe pararse y decirle a su representado que lo haga a

la par con él no sin antes haberle advertido de que una vez que comience la vista escuche lo que escuche de parte de la Administración, le agrade o le desagrade debe dar muestras de disciplina y no interrumpir nunca y si lo que desea es llamar la atención sobre algo importante le ofertamos papel y pluma para que lo escriba nos lo exhiba.

El Tribunal comienza manifestando que se da inicio al acto y que en el día de hoy se va a conocer de la Vista Laboral X del trabajador en cuestión que vamos a representar por motivo de esta haber demandado a la Administración de su centro de trabajo por su desacuerdo con lo dictaminado por el OJLB en su caso, bien se trate sobre el tema de Disciplina o de una Reclamación de Derechos o porque sencillamente ha sido la Administración la que recurrió, todo lo cual ocurre con posterioridad a haber sido tomadas por las Secretaria actuante todas las generales a las partes. Intervinientes como son el Trabajador y Administración.

La presidenta o presidente continúa diciendo que se da comienzo a la vista y que se le concede la palabra a la parte recurrente que es el trabajador X representado por el letrado que corresponda asumir la representación legal o a la Administración en caso de ser la que reclame Una vez concedida la palabra el abogado debe dirigirse al Tribunal refiriendo la acostumbrada y respetuosa fraseología de Compañera presidenta o presidente, demás jueces que nos escuchan, secretaria actuante, trabajador o trabajadora que represento, Administración aquí presente en el acto, y demás personas concurrentes en el lugar, en el día de hoy nos corresponde la honrosa misión de representar a la trabajadora o trabajador tal, de tal entidad, que se ha venido desempeñando hasta la actualidad en la función de, de tal edad, hablar de resultados de evaluaciones del desempeño de resultar conveniente y sino lo es ni tocar el tema , hablar de si es infractor primario (a) de las normas laborales y por supuesto si tiene antecedentes no andar mucho en ese maletín porque no es conveniente para la defensa.

Si al trabajador (a) le salen a colación medidas disciplinarias anteriores hay que estarse a la viva y analizar siempre la medida disciplinaria que aflore en atención al artículo 183 del Reglamento del Código de Trabajo para evaluar si existe ya la Rehabilitación ya que las Administraciones acostumbran a hablar de medidas rehabilitadas y ello vulnera el principio de Legalidad que informa la materia laboral. El abogado actuante también podrá referirse a todos los años de trabajo laboral de la trabajadora o el trabajador en cuestión desde que se inició, a los que lleva en el sector donde se analiza y en la ocupación como tal donde se está analizando. Se podrá hablar también de su medio familiar, o sea acerca de las personas que dependan económicamente de su gestión laboral asociando este elemento a los perjuicios que le devendrían al obrero y a la familia que se debe a él la medida disciplinaria que se le impuso.

Luego de hablar de condiciones personales, se debe dejar bien expreso el sentir de nuestro defendido explicando el sentido exacto del por qué estamos acudiendo a esta vista ya fuera para ratificar una vez más la posición dejada ver por el la trabajador desde los inicios por su inconformidad con la Medida que le aplicaron porque la considera injusta, severa, arbitraria y que en nada se ajusta a sus condiciones personales como trabajador si es que podemos referirnos a ello, o porque el hecho se ha valorado desacertadamente o aún reconociendo el obrero que incurrió en la violación que se señala entiende que la medida que se aplicó no la merece y que pudiera dársele otro tratamiento más benigno en base a las otras tantas medidas que reconoce la ley.

El abogado no debe ignorar que cuando se dé en un caso la extemporaneidad antes de entrar a hablar de fondo debe agotar tesis de extemporaneidad agenciándose para ello de los fundamentos de ley que están establecidos en el Código de Trabajo y su Reglamento puesto que las Administraciones sólo cuentan con 30 días hábiles siguientes al conocimiento del hecho que generó la violación para aplicar las Medidas Disciplinarias y si se extiende que ese tiempo ya expiró sin haber aplicado Medida Cautelar hay que considerar que el obrar administrativo es ilegal e improcedente porque senilla y llanamente ya su tiempo le pasó.

En todo esta trama de la extemporaneidad se debe ver bien a la profundidad lo de la aplicación de la cautelar porque muchas veces la aplican cuando los 30 días se le vencieron, otras veces dice que la aplicaron de forma verbal cuando la ley exige que se haga por escrito y en otros casos utilizan subterfugios para valerse de ellos y hacer ver que hasta que no les llegó cierto informe conclusivo del evento o infracción ocurrida no conocieron antes del problema y hay que prepararse muy fuerte contra esto para que no nos pasen el gato por la liebre tal y como no se la dejan pasar al trabajador si se le vencen sus términos legales.

Realmente las Administraciones saben que si se demuestra que una Medida Disciplinaria que ella aplicó y es extemporánea la vista laboral se gana por el abogado como decimos en buen argot de calle y sin tener que desgastarnos tanto aunque no se deje de hablar de fondo para no dejar indefenso a nuestro representado por si el Tribunal desestima nuestra petición en este sentido y es por ello que se esfuerzan para justificar lo que no tiene justificación de su parte.. Si se abrió a una investigación ver tiempo de duración de la misma porque la ley prevé sólo la suspensión del vínculo laboral por 30 días para investigar sin hacer distinción entre un sector y otro de que se trate y estar claro de que al trabajador hay que imponerlo y notificarlo por escrito de dicha investigación porque lo dice la ley.

Siempre hay que hablar del hecho que describe la Administración como constitutivo de la violación de la disciplina o en su caso de la consistencia del derecho que se reclama remitiéndonos a lo actuado y no tolerando que se deduzcan imputaciones nuevas para el obrero de las que no se ha defendido antes. Hay que articular una buena defensa frente a la infracción o infracciones que se imputan valorando todos los artículos de ley que puedan ser de aplicación al caso y tratando de utilizar todo el material que nos ilustre con exactitud sobre el tema que esté en discusión.

El abogado debe ser audaz, debe ubicarse en tiempo y espacio y dominar cuanto de veracidad tiene lo que alude la Administración y ponemos el Ejemplo de un caso del Hospital Ciro Redondo García de Artemisa donde había un resultado

muerte de una paciente que tenía un embarazo fuera de lugar donde estaban involucrados tanto el personal médico como personal asistencial de enfermería, donde la resolución era conjunta y única en su narrativa para todos amén de que se le notificó a cada uno de los implicados una en particular y donde un abogado nuestro iba a representar a una enfermera y a los médicos se le pedían medidas menos graves y a la enfermera Separación Definitiva de la Entidad. Este caso por supuesto fue un caso difícil para el abogado pero él estaba llamado a ver hasta qué punto su representada haciendo o dejando de hacer lo que le referían como necesario al caso determinó el resultado muerte que se produjo porque si por encima de ella habían otras personas llamadas por su experiencia y función a detectar el estado grave de la paciente y la orientación precisa y el tratamiento que había que ofertarle a la paciente no se le dio pudo ella no haber hecho correcto su trabajo; pero eso no fue lo que decidió la muerte porque amén de sus deficiencias en el trabajo otros que si debían en su esfera de competencia tomar serias decisiones no lo hicieron y naturalmente se podía demostrar de esa manera que ella estaba más alejada del nefasto resultado que ocurrió.

El abogado debe tratar de decir todo lo importante al caso sin que se te quede nada porque al final de la vista en alegaciones finales no se te permite decir cosas que oportunamente en este momento tiene que alegar, las alegaciones finales sirven para acotar sobre determinados aspectos importantes y de interés que no constituyan una repetición de lo ya dicho. El abogado concluye la vista diciendo cual es su pretensión concreta y casi siempre se impone con solicitar que se declare su demanda CON LUGAR, se deje sin efecto ni valor legal alguno la resolución que se combate y en su lugar se dicte resolución que exonere a su representado , o imponga una medida más benigna ajustada al hecho y a su persona, o se declare la restitución del derecho que se le violó cuando se trate de una reclamación de derechos y si la Administración es la que reclama se interesa por ende que se desestime su demanda . No debemos olvidar nunca como bogados que incluso la ley laboral para hechos graves da tres opciones de sanción y que los reglamentos disciplinarios de una entidad no pueden imponerse con la sanción exclusiva de Separación Definitiva de la Entidad.

Cuando el abogado culmina la intervención o alegación inicial el juez le concede la palabra a la Administración y no debemos amedrentarnos nunca como abogados por las cuestiones que esta parte opositora aduzca porque estos siempre traen el maletín lleno y es ahí donde tenemos que alzarnos con la preparación suficiente permaneciendo atentos a todo lo que se dice para siempre que se pueda contrarrestar lo que perjudica en otro momento que si bien ya no existe para ti alegatoriamente por haber ya hecho tu exposición al menos lo puedes lograr durante la proposición y práctica de la prueba o quizás en una alegación final porque debes saber que la posición del obrero en nuestro proceso laboral es la del que está tirado en el suelo con la cuchillita de afeitar y la Administración le cayó encima con el matavacas o el hacha para acabar con él . Puedes hacer anotaciones durante todo el proceso para auxiliarte e incluso mostrárselas al trabajador para que por escrito te haga un complemento sobre lo que pretendes decir.

Cuando termina su exposición la Administración, el Tribunal ilustra a las partes sobre que se va a pasar al momento o fase de la proposición de las pruebas dándole la palabra a la actora para proponer. Puedes articular según el caso cualquiera de los medios de prueba que existen en derecho, quedando ello a la valoración propia del abogado de lo que le reporta utilidad al caso . La prueba de Confesión según tema y sector frente al que se hace el embate como abogado de la defensa debe tenerse tacto al proponerla porque lejos de ayudar al trabajador puede reforzar a la parte contraria y perjudicar la defensa que hacemos. En el caso del Hospital de Artemisa que citábamos anteriormente le decíamos al abogado que asumió el caso poner un especial cuidado en ello y no proponerla por la razón elemental de que son médicos y lo podían opacar y destruir en un santiamén con consideraciones médicas que ni el como abogado ni el propio Tribunal dominaban con acierto. Esto pudiera ser impactante y funesto para el abogado.

Si terminaste con tu propuesta se le da paso a la Administración para que haga la suya.

A continuación el Tribunal se retira para valorar la admisibilidad o no de pruebas propuestas. Receso.

Cuando se incorpora el Tribunal todos los participantes se ponen de pié . El Tribunal concluye sobre pruebas admitidas por la Sección de un lado y del otro y si tiene alguna de interés da a conocer que la propone de oficio.

Si se le deniega una prueba considerada importante al abogado este debe suplicarla aplicando la supletoriedad que tiene el proceso civil al laboral en cuanto a lo no previsto articulando el 696 de la LPCALE que es el remisor en todos los casos, el Tribunal resuelve en el propio acto la súplica y de no admitirse la propuesta hecha el abogado está llamado a protestar preparando Procedimiento de Revisión ante el T .S .P.

Se pasa a la fase de la práctica de la prueba. Si se van a proponer testigos el abogado debe garantizar que vayan ese día a la sede del Tribunal porque se corre el riesgo de que no se los quieran admitir porque va a dilatar el asunto (esto ocurre sólo con el abogado porque por los de la Administración se espera) . Realmente al abogado tiene que hacer malabares para llevar testigos al Tribunal e incluso hacer ver que los testigos voluntarios para el trabajador casi no existen y que en ley está previsto el testigo involuntario y que sin esos testigos se deja en indefensión a su cliente para lograr que se los admitan.. Se practican primero las pruebas de la actora en el orden establecido en ley, luego las de la Administración, no obstante el Tribunal puede alterar el orden a su consideración lo cual explicará a las partes.

Agotada la práctica de las pruebas se procede a examinar el Expediente de la trabajadora y si se propusieron documentales por las partes se hace el debate de dichos documentos..

Por último se hacen alegaciones finales. Habla en primer orden el representante del obrero y luego la Administración o la Administración primero y luego el trabajador si ella fuera la recurrente..

El Tribunal da por concluida la vista, estimándola conclusa para dictar sentencia y le explica a las partes que la sentencia será notificada dentro de cinco días posteriores al acto conclusivo de la vista y si no se presentan pruebas para el mejor proveer el

término no se dilata y en la fecha prevista se recibe la sentencia contra la cual se podrá interponer de resultar adversa sólo Procedimiento de Revisión ante la Sala de lo Laboral del T.S.P lo que no suspende la ejecución de lo que se haya dispuesto en el Proceso.

Conclusiones

Este trabajo nuestro es un trabajo sencillo que elementalmente lo que procura es ubicar a nuestros abogados en el Proceso Laboral y transmitir la idea a nuestros colegas de lo necesario que resulta estar suficientemente preparados desde el punto de vista Ético y Moral y Profesional para enfrentar las serias dificultades que este nos depara en su interregno porque es la única manera de poder cumplir con nosotros mismos y con nuestra ONBC y de estar a tono con el primer objetivo estratégico de trabajo que esta se propone para el 2015-2019 que es precisamente La Calidad de nuestros Servicios, además de que nos proponemos estimular a nuestros abogados a interesarse por esta materia que no es del mayor agrado que no deja de ser una materia interesante y bonita pero que es muy abnegada y sacrificado, siendo que en este sentir va también el interés de nuestra Organización de fomentar la cantera de abogados para que se dediquen a esta materia porque en muchos casos los abogados laboralistas escasean hay una gran demanda para procesos de este tipo y dicha carencia puede revertirse en perjuicio de este que es también un servicio que ofertamos a la población y en concreto a nuestros trabajadores.

La mediación un método eficaz para resolver conflictos ante los nuevos cambios en materia comercial en Cuba

DAINORYS MARTÍNEZ ÁLVAREZ*

Introducción

Vivimos en una sociedad globalizada rodeada de conflictos en nuestra gran aldea global; por ello mejorar la competitividad y eficiencia económica de la actividad empresarial es fundamental, el fomento de la inversión extranjera en el país, la apertura económica basada en la política económica trazada en los lineamientos, así como las modificaciones la Ley de Inversión Extranjera propician el surgimiento de diversos tipos de controversias, especialmente jurídicas, donde quien las resuelve es el Juez a través de un procedimiento largo, costoso y muchas veces engorroso, el que culmina con la dictación de la sentencia definitiva, la que no siempre soluciona el problema, menos aún en una forma rápida y menos onerosa a la que aspira cualquier hombre, empresa estatal o mixta, al que un litigio le podría traer perniciosas consecuencias para su empresa, con mayor razón si el juicio es con otra empresa con quien mantiene una relación económica o con quien debe o le convendría proseguir dicha relación.

Lo anterior, porque se sostiene que los procesos formales no tienen la capacidad de adaptarse a las necesidades actuales de los conflictos de las empresas que están en litigio, que a veces contribuyen a generar más conflictos que ha lograr la solución de los mismos, ya que la disminución de costos legales y un procedimiento más rápido genera en el sector comercial un incremento de su eficiencia operativa, mejorando en forma tangible y concretando su negocio.

Si bien el legislador nos ha venido ofreciendo medios modernos para aplicar la ley y dirimir las distintas situaciones conflictivas que se presentan en nuestra sociedad, el aumento progresivo de los conflictos y la complejidad de las causas - especialmente las comerciales - que se someten a la decisión de los Tribunales, requieren de mecanismos más especializados para la solución de los mismos. “Un sistema de

resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas en su mayor parte, con el menor costo posible, partiendo de las necesidades de las partes, sobre la base del principio de subsidiaridad que se expresa así".[308] Y dada la naturaleza que ya tiene y tendrá la actividad comercial en nuestro país, unido a los nuevos cambios que se han venido suscitando y continuarán, necesita más que nunca de una estructura ágil, dinámica y eficiente que le permita alcanzar sus fines. Es por ello que frente a esta realidad los medios alternativos para la solución de los conflictos se han abierto paso en los últimos años, en una enumeración sólo ilustrativa, podemos mencionar: la Conciliación, la Mediación, el Arbitraje, Mediación-Arbitraje, que favorecen el diálogo, la búsqueda de fórmulas de acuerdo entre las partes, eliminan la incertidumbre y los elevados costos de los procedimientos judiciales.

Este desarrollo de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos surge en el ámbito de los países anglosajones, particularmente en los EE.UU. de América, extendiéndose progresivamente, aunque con lentitud hacia Europa, donde se percibe un movimiento en alza, con características propias dada la idiosincrasia de cada uno de sus países. En América Latina se pueden apreciar claramente dos países que están en la vanguardia de este movimiento: Argentina y Colombia. Este movimiento se conoce en todo el mundo como *"Alternative Dispute Resolution",* cuya abreviatura es A. D. R., cuya traducción es *Resolución Alternativa de Disputas,* o más conocidos como R. A. D.

El creciente desarrollo de este movimiento se debe a que la experiencia ha sido extraordinariamente satisfactoria en los lugares donde se ha implementado, porque no viene a sustituir nuestro proceso judicial, sino que, son métodos paralelos a los tribunales de justicia, "siempre sobre la base del *principio de subsidiaridad*"[309], que tienen por objetivos mitigar la congestión de los tribunales, reducir el costo y la demora en la resolución del conflicto, incrementar la participación de la comunidad en dichos procesos, facilitar el acceso a la justicia, prevenir un litigio. Ya que un litigio

[308]Ury William L.: "El arte de negociar". Citado en revista Libra año 1 N° 2, de 1992, pp. 17.

[309] El principio de subsidiaridad descansa sobre la idea que los conflictos deberán resolverse a través de métodos alternativos, y luego cuando sea absolutamente necesario deberá recurrirse a los tribunales de justicia, salvo que la ley expresamente disponga otra cosa.

no siempre es la mejor opción para resolver un conflicto comercial. “De allí surgirá un vencedor y un vencido, total o parcial, o quizás dos vencidos, cuya relación queda en la mayoría de los casos, cancelada para el futuro”[310].

De todos los métodos alternativos el que más desarrollo ha tenido en la actividad comercial de nuestro país, es el arbitraje, teniendo la mediación una aplicación casi nula. Pero el arbitraje en Cuba es también un proceso adversarial, del cual resulta un ganador y un perdedor. Pero lo cierto es, que la significativa reducción de los costos legales, al ahorro de tiempo, la posibilidad de solventar cuestiones complejas, la confidencialidad del proceso, la eliminación de incertidumbres, y más importante aún, ofrecer a las partes el pleno control del procedimiento, son algunas de las ventajas que han hecho de la Mediación Comercial un éxito tanto en los Estados Unidos, como Europa y en algunos países de Iberoamérica.

En Cuba se han venido abriendo paso pero de forma lenta, la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior adscripta a la Cámara de Comercio de la República de Cuba es la institución que ha asumido la resolución de conflictos en materia mercantil. No obstante esto aún no es suficiente, dado que el arbitraje no logra satisfacer al máximo las exigencias de quienes buscan en el Arbitraje Comercial el método idóneo para solucionar sus problemas.

Por lo antes descrito, el presente trabajo tiene por objeto disipar esos temores explicando las principales características, ventajas, procedimiento y métodos de la mediación y la forma en que ésta constituye un mecanismo eficaz para resolver disputas en materia comercial, dando un mayor conocimiento de ella, difundiendo su real existencia con el propósito de prevenir y solucionar un mayor número de conflictos comerciales, generando un clima favorable para el desarrollo y crecimiento comercial de nuestro país, sobre la base de la experiencia tanto internacional como nacional.

[310] Alvarez Gladys S. Reporte Final del 1° Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas. Pp. 19, celebrado en Buenos Aires los días 7-8-9 y 10 de Noviembre de 1993, con motivo de su presentación: R. A. D. y Sistema Judicial.

Aspectos generales de la mediación

Orígenes de la mediación como alternativa para la solución de conflictos.

La mediación, como método alternativo de resolución de controversias no es una institución nueva, ha existido por siglos. La intervención de una tercera persona que ayuda a los interesados a resolver sus conflictos y a adoptar sus propias decisiones, se ha venido produciendo en diversas culturas desde siempre.

Para los filósofos griegos la mediación fue entendida como una *"realidad intermedia"*, donde un individuo mediaba o acercaba dos elementos distintos.

En la antigua China, la conciliación y la mediación fueron los principales recursos para resolver desavenencias, "donde la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, no bajo coacción". La mediación se sigue ejerciendo en la República Popular China a través de los Comités Populares de Conciliación.

La mediación también ha sido utilizada en África, como un medio de resolver disputas entre los vecinos, donde se convocaba una asamblea o junta de vecindario, con el fin de analizar y solucionar conflictos interpersonales.

En Hispanoamérica existe toda una historia de resolución de conflictos a través de la mediación. Podemos citar por ejemplo, el Tribunal de Aguas de Valencia, España, que desde el siglo XI hasta hoy día media entre los campesinos los conflictos que se producen por el uso del agua. En México, también se observa un procedimiento de resolución de controversias; donde el Juez ayuda a las partes a buscar soluciones consensuadas, en una combinación de procesos y de culturas indígenas.

La mediación también tiene su historia en las colonias americanas y en EE.UU., los primeros colonizadores, cuáqueros y puritanos ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales, sin recurrir al litigio.

Como se puede apreciar, en la medida de que han existido conflictos han existido los métodos para resolverlos, siendo uno de ellos la mediación, cuyo concepto no ha variado demasiado, no obstante, este adquiere gran refinamiento con la Primera Conferencia de la Paz de la Haya (1899), que en su artículo 4° estipula el rol del

mediador, siendo éste un conciliador y apaciguador entre dos Estados desavenidos, sin lograr con esto un concepto concreto. Sin embargo, en el "Tratado Americano de Soluciones Pacíficas" se conceptúa la mediación, estableciendo las funciones del mediador con el objeto de que asista a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable, absteniéndose de hacer informe alguno, dentro de un procedimiento confidencial.

Sin perjuicio de lo anterior, la mediación carecía de una reglamentación adecuada ya que, "sólo desde principios del siglo XX la mediación ha sido institucionalizada y convertida en una profesión aceptada".[311]

Los primeros antecedentes y modelos formales de mediación más conocidos provienen de los Estados Unidos en procedimientos de resolución sobre desavenencias laborales - industriales. Según Kressel y otros autores, algunos de los primeros escritos que proponían la adaptación de técnicas alternativas para resolver conflictos interpersonales se apoyaban precisamente en esos antecedentes, como los denominados "comisionados de conciliación", convirtiéndose posteriormente en el Servicio Federal de Mediación y Conciliación (FMCS), junto con la Ley de Relaciones Obreros – Patronales, 1947, cuyo propósito era lograr una *"Paz industrial sólida y estable"* y *"el arreglo de las diferencias entre el empleador y empleados mediante la negociación colectiva".* "Se esperaba que los arreglos mediados impedirían las huelgas o los paros patronales, costosos tanto de los obreros como de los empleadores, y que mejorarían la seguridad, el bienestar y la riqueza de los norteamericanos".

Pero es a finales de la década de los años 60 cuando surgió en la sociedad estadounidense un fuerte interés por las formas alternativas de resolución de desavenencias, donde aparecen los llamados "centros comunitarios de mediación", debido a los numerosos acontecimientos de aquella época; las protestas por la

[311] Schilling Fuenzalida Mario T.: "Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos", pp. 19. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 1999.

guerra de Vietnam, las luchas por los derechos civiles, los motines estudiantiles, la creciente concientización del consumidor, etc. esto llevo indudablemente que los tribunales de justicia se atestaran de causas y consecuencialmente de produjera retrasos alarmantes en su tramitación. La respuesta a esto es que surgieron una serie de organizaciones (CRS; FMCS; AAA; SPIDR; ABA) y métodos para satisfacer la necesidad de formas alternativas de resolución de conflictos. Algunos métodos que fueron surgiendo con mayor o menor éxito son: mini-juicios; alquiler de un juez; mediación; arbitraje; negociación y conciliación. Si bien estas alternativas en un principio se sometieron a procesos menores, su campo de acción se ha visto en la práctica considerablemente ampliado y algunos de los conflictos que se someten a estos métodos son: disputas comerciales; mala praxis médica; accidentes de tránsito; familia y controversia laborales. De ahí en más el desarrollo de estos métodos y especialmente de la mediación fue imponente, extendiéndose rápidamente a materia ambiental, la salud pública, del consumidor, etc.

Comenzó también la enseñanza de A D R o *"Alternative Dispute Resolutions"*, es decir "mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales". Estudiosos del derecho como L.Fuller, F.Sander, Roger Fisher, todos ellos de la Harvard Law School, o el conocido autor Howard Raiffa, han contribuido notablemente a la formación del pensamiento teórico respecto a los procedimientos y aplicación de técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales, dentro de los cuales está la mediación.

En Latinoamérica en general, habido un gran avance en el desarrollo de estos métodos, podemos mencionar Argentina y Colombia como los países que van en la vanguardia. En Colombia en todos los campos del derecho hay mediación (conciliación) previa obligatoria desde el año 1989 y de ahí en adelante se crearon una serie de mecanismos alternativos a la justicia, tendientes a descongestionar la tarea de esta última, el Ministerio de Justicia autorizó el funcionamiento de centros de mediación dentro de asociaciones, agremiaciones y Cámaras de Comercio, asimismo la ley obliga a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho a organizar su propio Centro de Mediación. En cuanto a las materias comprendidas en

la mediación, se dispone que pueden someterse a la misma todas aquellas que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.

En Argentina, desde que se creó la Comisión de Mediación en 1991 se llevó a cabo todo un Plan Nacional de Mediación, incorporados distintos sectores de la sociedad – comunidad, escuelas, Universidades, colegios profesionales, Poder Judicial – cuyo objetivo era; insertar en la conciencia social las ventajas del método y contar con un plantel de mediadores entrenados para llevar a cabo la tarea. En 1992 se dicta la primera norma jurídica que declara de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos, establece además sus principios y reglamenta su procedimiento.

En Cuba encontramos la aludida la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior adscripta a la Cámara de Comercio de la República de Cuba. La misma cuenta más de cuatro décadas de funcionamiento, la que ha contribuido con su sostenida labor al perfeccionamiento de las relaciones comerciales internacionales y al afianzamiento de las relaciones de mutua comprensión y cooperación económica de las entidades nacionales en sus vínculos con el extranjero, conociendo acerca de los diversos conflictos que en esta esfera se han venido suscitando. A la par que se han venido desarrollando proyectos en pos de lograr poner en marcha métodos alternativos de solución de conflictos, válido resulta señalar en este aspecto los Talleres Nacionales de Preparación de Abogados Mediadores que ha venido realizando desde el año 2011 la ONBC.

Concepto de mediación

Etimológicamente, mediar es *"interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad"*[312].

Desde una perspectiva amplia la mediación es un método de resolución de conflictos no adversarial. Diferenciándose sustancialmente del proceso judicial, que es eminentemente confrontacional. En un sentido restringido, la mediación "es un

[312] Slaikeu, Karl A.: "Para que la Sangre no llegue al Río": Una guía práctica para mediar en disputas, Editorial Granica S.A. Barcelona, España. 1996.

procedimiento por el cual un tercero ayuda a dos o más partes a lograr su propia solución en una o más cuestiones”[9]

Según Folberg y Taylor “*proceso* mediante el cual los participantes, juntos con la asistencia de una persona o personas neutrales, aislan sistemáticamente los problemas en disputas con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”.

1.3. Objetivo de la mediación

Para Folberg y Taylor el objetivo primordial de la mediación es resolver las desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones. Para dichos autores, la mediación supone una intervención para la solución de problemas dirigida a conseguir un resultado. Por el contrario, para Haynes el objetivo principal de la mediación es el manejo del conflicto, es decir, entender la causa esencial del conflicto y reducirla a un nivel aceptable y no la resolución de las desavenencias.

Para otros, el objetivo de la mediación es facilitar las negociaciones de los interesados, en el sentido que sin negociación no puede haber mediación, es decir, la mediación es una extensión del proceso de negociación.

1.4. Características de la mediación

a) ***Es un procedimiento informal pero con estructura:*** por lo que su desarrollo no está sujeto a reglas procesales, ni a los principios que dominan la controversia judicial, el mediador no está obligado a ellas, dado su entrenamiento puede descartar lo irrelevante y simplificar rápidamente el caso. Pero existen reglas mínimas de actuación a las que deben sujetarse los contendientes que a priori indicará el mediador.

b) ***Es voluntaria:*** No se obliga a las partes practicar la mediación,ya que las partes en conflicto libremente se solicitan la mediación como un mecanismo para resolver sus disputas.

c) ***Es confidencial y estrictamente privada:*** No hay mayor obligación para el mediador que el deber de guardar secreto de todo lo que sea revelado en la o las audiencias. Por ello las audiencias de mediación son siempre a puerta cerrada, no se transcribe a un expediente ni puede filtrarse a la prensa. Las partes deben estar seguras de nada de lo que dicen será usado en su contra para el caso de que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal. La mediación es estrictamente privada, inclusive si no se logra acuerdo, el centro de mediación o el mediador puede hacer saber al tribunal que la mediación no tuvo éxito, pero no puede informar sobre lo dicho ni sobre lo revelado por las partes.

d) ***Existe cooperación entre las partes:*** Los contendientes deben llegar a un *acuerdo mutuamente aceptable,* y el mediador debe estar en condiciones de reducirlos a cláusulas escritas, de modo tal que, de ser necesario, pueda ejecutarse con posterioridad.

e) ***Las partes se hacen mutuas concesiones:*** En la mediación el mediador no tiene ningún poder en la toma de decisiones, esta queda entregada a las partes. El mediador es un tercero imparcial, neutral, que las guía y ayuda para que los contendientes lleguen a su propia solución del conflicto. Ambas partes se benefician y se gravan recíprocamente, a través de las ofertas y concesiones. No se trata sólo de partir diferencias, sino de que ambos ganen.

f) ***Pone un marcado énfasis en el futuro:*** Ya que no se trata de juzgar sobre un pasado a fin de averiguar quién estaba errado, quien es el culpable, sino de encontrar una solución al conflicto y de que no vuelva a suscitarse en adelante.

h) ***Es económica tanto en el tiempo como en lo pecuniario y es justa:*** En vez de tardar años, puede terminarse con el conflicto a las pocas semanas de iniciado, a veces en una sola audiencia de una o dos horas. Desde el punto de vista pecuniario; los servicios se dan a cambio de contribuciones mínimas, especialmente si se las relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de tribunales formales.

Es justa, en el sentido que la solución a toda controversia se adapta a las necesidades comunes de ambas partes, pues son ellas las que la encuentran.

1.5. Fundamentos de la mediación

La mediación como método alternativo de resolución de conflictos encuentra su cimiento ante la ineficiencia del sistema tradicional, el cual se materializa; en la lentitud en la tramitación de las causas, los elevados costos legales, muchas veces la imposibilidad de solventar cuestiones complejas, el desgaste emocional de las partes, sobre todo cuando deben seguir manteniendo relaciones a futuro. En este sentido, la mediación instruye a los participantes acerca de sus necesidades mutuas, enseñándoles la forma de trabajar juntos, aislando el problema, y dándole a entender que con cooperación todos pueden obtener beneficios.

La idea no es criticar al proceso judicial, como forma de resolución de conflictos, el que sin duda es una institución necesaria, principalmente, en situaciones de desigualdad entre las partes. Y que se presenta como un modelo apto en aquellos casos en que la relación tiene por objeto obtener ventaja sobre el otro o cuando se trata de relaciones jerárquicas o subordinadas.

También la mediación tiene su fundamento en que permite ofrecer un modelo personalizado para conciliar desavenencias futuras entre las partes. La mediación es eficaz previniendo conflictos.

Para algunos autores el principal fundamento de la mediación tiene un carácter moral, que se traduce en la virtud de modificar la postura discordante de las partes potenciando una actitud conciliadora. Por ello dicen, que la adopción del método genera un crecimiento moral en las personas y en la población en general.

En suma, la mediación es un proceso de resolución de conflictos y, cuando se integra con un sistema legal de apoyo, proporciona a los participantes, no sólo un plan de acción para el futuro, sino también un mayor sentido de satisfacción acerca del proceso al que se sometieron.

Modelos de mediación

Los modelos de mediación más conocidos son tres, que constituyen distintos tipos de pensamientos, pero enfocados a un mismo fin, el protagonismo de las partes en la conducción de la disputa:

El modelo Tradicional-Lineal (Harvard)

El modelo Transformativo (Busch y Folger)

El modelo Circular- Narrativo (Sara Cobb)

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Si bien la mediación es un método informal posee estructura de ahí parte que le corresponde al mediador señalar las reglas a que se ajustarán las partes y él mismo, para luego seguirlas y cumplirlas.

La mediación brinda un escenario donde las partes pueden relatar los hechos tal como los ven, presentar su posición, expresar sus sentimientos, intercambiar información, comunicarse y lograr un acuerdo, todo ello en presencia de un tercero neutral quien escucha atentamente y participa de acuerdo a su papel. El procedimiento ofrece una forma ordenada y contenida para satisfacer estas necesidades y está diseñado para lograrlo. [313]

En el procedimiento se reconocen diversas etapas, fases o estadios, que no son siempre las mismas, ya que depende del mediador o de la naturaleza del conflicto que se pretende resolver. Pero una vez establecidas las reglas de actuación, todos los participantes deben cumplirlas.

El procedimiento de mediación puede dividirse en cuatro etapas que pasamos a resumir de la siguiente manera:

Etapa I: ***Organizar la mediación.***

Etapa II: ***Comprensión de la perspectiva de las partes, clarificación de intereses y necesidades.***

Etapa III: ***Replanteo - generación de opciones***

Etapa IV: ***Lograr un acuerdo.***

[313] Elena I. Highton, Gladys S. Alvarez. Ob. cit. Pp.225.

Etapa I: Organizar la mediación.

Se caracteriza por ser el primer contacto entre las partes y el mediador y de las partes entre sí. Después de las presentaciones personales, el mediador da a conocer cuál es su función y procede a explicar el método de mediación, dando sus características, normas y modos en el desarrollo de la misma. El mediador debe proceder a señalar las reglas de comportamiento y funcionamiento.

Sesiones de mediación: la mediación puede llevarse a cabo en una o más audiencias de duración variable, tiempo que puede oscilar entre una o varias horas, a uno o varios días.

Normalmente, las partes se reúnen en sesión conjunta. Pueden o no utilizarse reuniones en privado o por separado con cada una de las partes.

Lo habitual es comenzar por una ***sesión conjunta inicial***, cuya primera parte es introductoria al procedimiento de mediación que corresponde al discurso de apertura o exposición inicial del mediador y una segunda parte que consiste en el relato y participación de las partes, con que empieza la sesión conjunta propiamente dicha.

La regla de confidencialidad: La explicación de la regla de confidencialidad es definitoria para la mediación. Si existe en la legislación, se le hará saber de acuerdo a la normativa respectiva. En caso contrario, se firmará un convenio de confidencialidad.

La confidencialidad tiene varios aspectos:

a) *Respecto de quienes intervienen en la mediación:* El mediador no hará saber a la contraria lo que una parte le confíe en una sesión privada, salvo autorización.

b) *Respecto a terceros ajenos a la mediación:* El mediador no divulgará el contenido de la mediación fuera de las sesiones con las partes; tampoco será testigo a favor o en contra de alguna de las partes y las partes se comprometen recíprocamente a respetar el deber de confidencialidad.

Sin perjuicio, de lo anterior existen excepciones a la confidencialidad:

1) No se extiende la confidencialidad a la comisión de un crimen o simple delito;
2) En materia de prueba, los datos que se puedan obtener por otros medios independientes, no quedarán protegidos sólo por haber sido mencionados durante la sesión de mediación.

Esta primera etapa finaliza cuando el mediador se asegura que las partes tengan la total compresión de las reglas de la mediación.

Etapa II: Comprensión de la perspectiva de las partes, clarificación de intereses y necesidades.

Esta segunda etapa se divide en dos partes; compresión de la perspectiva de las partes y de su clarificación de intereses y necesidades.

Comprensión de la perspectiva de las partes

La comprensión de la perspectiva de las partes se logra a través de los *relatos* de cada una de ellas, dando su posición acerca del problema. El mediador debe indicar a los participantes que asuman una actitud activa en la comunicación. El relato directo y personal por el interesado constituye una etapa crucial en el proceso de mediación que no puede saltarse.

En esta etapa se incluye la presentación de una breve historia de los hechos reseñada por cada parte, como también su punto de vista sobre responsabilidades y pretensiones. Ello se hace habitualmente en sesión conjunta.

El orden en que las partes presentarán su caso es variable, así puede comenzar.

Ahora, cuando cada parte termine su relato, el mediador lo repetirá en forma sintética, tomando sólo los hechos y pretensiones relevantes, pasando a un lenguaje más *neutral*, con el propósito de identificar algunos puntos centrales del conflicto, pero no se trata de repetir, esto se denomina en la mediación *parafrasear.*

Esto también permite determinar si el mediador ha comprendido lo que se está diciendo y le asegura a las partes que está escuchando verdaderamente, técnica que se denomina *escucha activa.*

La habilidad de haber escuchado activamente es lo que le permitirá al mediador hacer un resumen de lo dicho por los protagonistas del conflicto, como asimismo transmitir de manera eficaz la sensación que ha comprendido realmente lo que trataron de decirle y, al mismo tiempo, ayuda a construir un clima favorable de confianza y entendimiento.

Clarificación de intereses y necesidades

Una vez determinada la perspectiva de las partes se debe proceder a la identificación de los núcleos del conflicto. En este sentido la mediación sólo puede resolver cuestiones negociables y no todo cuanto preocupa o frustra a las partes. Cuando son los valores los que están en juego, será difícil, sino imposible, lograr una negociación a su respecto. Por ello, debe indagar sobre las necesidades a fin de generar una dinámica adecuada que avance hacia una solución posible.

Teniéndose claro la posición de las partes, la clarificación de sus necesidades el mediador debe proceder a discutir sobre ellos, considerando el orden en que se tratarán, se recomienda discutir los puntos más simples y fáciles primero, para crear entusiasmo.

Etapa III: Replanteo - Generación de opciones

Esta etapa se caracteriza por las preguntas de replanteo que efectúa el mediador, que es un re encuadre del conflicto. Pregunta sobre la base de las necesidades y que apunta a satisfacerlas íntegramente, generando un torbellino de ideas para la mejor solución de la disputa.

Las preguntas deben efectuarse de manera abiertas a las partes. Que no apunten al “sí” ni al “no”, la idea es hacer trabajar a las partes. Y ellas deben dar respuestas más elaboradas, ya que a estas alturas tienen mayor información, mas material y un mejor conocimiento del conflicto, dándose más oportunidades de generar opciones.

En consecuencia, el mediador ayuda a las partes a desarrollar opciones y propuestas alternativas que conduzcan a un acuerdo mutuamente aceptable, generando ideas, evaluando alternativas en forma realista y a considerar las consecuencias de no llegar a un acuerdo.

Etapa IV: Lograr un acuerdo.

La mediación puede concluir de tres maneras:

1) Las partes se ponen total o parcialmente de acuerdo en las condiciones del convenio, las cuales dejan sentadas por escrito.

2) Las partes fracasan en su cometido, es decir, no llegan a un acuerdo y no creen que se justifique la programación de más sesiones de mediación.

3) Alguna de las partes o ambas decide que no desea continuar o el propio mediador entiende que no están dadas las condiciones para continuar.

El gran objetivo de la mediación es lograr un acuerdo. Y este acuerdo debe resolver el conflicto de inmediato, es decir, aquel que llevó a las partes a mediación y, debe prevenir conflictos similares o relacionados.

Una vez logrado el acuerdo este debe redactarse por el mediador, y el orden de los puntos acordados es de suma importancia, puesto que sí una parte tiene que hacer mucho más que la otra, aún habiéndose acordado, puede llegar a dudar sobre la sabiduría de su decisión y echarse para atrás.

Una vez redactado el acuerdo las partes procederán a firmarlo junto con el mediador, previa lectura y se entregará una copia a cada una de ella. Una vez logrado esto, el mediador está en condiciones de dar por terminada la mediación, pero concluyendo siempre con un comentario positivo, dando a los participantes una sensación de confianza, mostrándoles que han trabajado arduamente, que han progresado resolviendo las cuestiones en disputa y que con su participación demostraron un alto grado de respeto recíproco.

Arbitraje Comercial

Resulta indispensable abordar brevemente el tema del Arbitraje Comercial en nuestro país en aras de establecer una comparación entre mediación y arbitraje así como bordear sus ventajas y desventajas, propiciando de este modo una mejor comprensión del tema en cuestión.

El arbitraje surge como alternativa real para prevenir y solucionar definitivamente y de forma idónea los conflictos que se susciten en las transacciones de comercio internacional, aunque hay varios tipos de arbitraje, como el ad hoc, el de derecho, el de equidad, el institucional, el más utilizado es este último.

La autonomía de la voluntad de las partes, juega dentro del arbitraje un papel esencial y es acá donde la mayoría de los autores concuerdan existe la mayor garantía del arbitraje porque se puede escoger al árbitro que más se apegue a la litis, ya que un juez no es tan experto en ciertas materias como lo pueden ser los árbitros, aparte éstos reúnen cualidades como la neutralidad, independencia, iniciativa, flexibilidad, imparcialidad, resolución, creatividad y ponderación.

“El arbitraje es voluntario por su origen pero obligatorio por su resultado”, el resultado es mucho más imparcial, sobre todo mucho más rápido, que la vía judicial pero se considera impositivo. También hay ciertos riesgos, de naturaleza, como, jurídica, técnica, económica, comercial, política, financiera y varias que se clasifican como extraordinarias.

El Arbitraje Comercial Internacional, varía de acuerdo al país, modelo económico, así como las costumbres comerciales o mercantiles pero en las Convenciones de Nueva York 1958 y Panamá 1975, se unificaron ciertos puntos para que en un país no fuera legal algo que en otro es ilegal. Respecto a esto José Luis Roca Aymar en su libro El Arbitraje en la contratación Internacional, señala: *“La decisión salomónica de someterse al juez de un país distinto a la nacionalidad de las partes en litigio, no soslayará ni los problemas jurídicos de carácter competente o de ejecución de*

sentencias ni los de naturaleza técnica para que sean unánimemente aceptados por las propias partes"[314]

Lo que hace atractivo, al arbitraje, es la posibilidad de escoger el árbitro, es rápido, es de buena voluntad, no es fácil de corromper ya que en primera existe la excusa y la recusa, y para seguir el árbitro debe comprometerse a iniciar y terminar el proceso de manera imparcial, esto hace que sea más confiable, también existe la confidencialidad así que no hay problemas que alguien haga pública la litis. El laudo, o la sentencia arbitral, puede anularse, por motivos que se encuentren recogidos en la ley, elemento que debe quedar plasmado en las clausulas contractuales. Por ello cualquier convenio o cláusula deberá contemplar en su formulación, por lo menos:

A) La voluntad concorde e inequívoca de las partes de someter el conflicto al arbitraje, con exclusión de los tribunales de justicia, mientras no se haya dictado el laudo.

B) El otorgamiento de los árbitros de las facultades necesarias para que puedan pronunciarse en todas las cuestiones planteadas por las partes.

C) Facilitar la aplicación de un procedimiento flexible que lleve aparejado un laudo ejecutorio, comprometiéndose las partes a cumplirlo".

Las fases del arbitraje son 5 (postulatoria, constitutiva del tribunal, confirmatoria, probatoria y conclusiva) y podría creerse que esto es un proceso largo, pero es un proceso que tiene simplificadas todas sus fases para evitar procesos largos llenos de burocracia

El arbitraje sólo resolverá lo que las partes hayan demandado, elemento este que puede crear serias dificultades, ya que durante el transcurso de la litis pueden surgir pequeños detalles que de no solventarse acarrearían serios problemas para las partes y que el árbitro no resolverá puesto que no fueron puestos en la fase postuladora.

"Para que no se desnaturalice el arbitraje de su esencia más genuina, los legisladores deberán establecer los mínimos recursos posibles y por causas tasadas.

[314] ROCA Aymar, José Luis. El Arbitraje en la contratación Internacional Pag. 49

Permitir la entrada a un excesivo abanico de recursos, admitiéndose generosamente la interposición de los mismos, vulneraría el arbitraje, al dilatarse en el tiempo como un pleito tradicional"[315]

En Cuba

En el Capítulo III Artículo 9 del Decreto Ley No 250 de fecha 30 de julio de 2007, se dispone que: ***La Corte conoce y resuelve los litigios contractuales o extracontractuales, de carácter internacional, surgidos en el ámbito de los negocios, que le son sometidos voluntariamente por las partes***.

Entendiendo como litigio internacional aquel en el cual el establecimiento, o la residencia habitual de las partes, se encuentra en países diferentes, o que aun teniendo su domicilio en un mismo Estado, se trate de personas naturales o jurídicas de ciudadanía o nacionalidad diferente, o que el lugar de concertación de la obligación o su cumplimiento, lo es un Estado diferente.

Así mismo la Corte también puede conocer de litigios contractuales o extracontractuales que le son sometidos por las empresas mixtas o de capital totalmente extranjero, constituidas en Cuba, en sus relaciones entre sí o con persona jurídica o natural nacional, así como por las partes de los contratos de asociación económica internacional, u otras formas de negocios conjuntos con participación de capital extranjero. También conoce de dichos litigios cuando entre las partes involucradas exista un acuerdo o convenio arbitral de sumisión a la misma. Esta conformidad podrá expresarse también mediante la realización de actos procesales que muestren la voluntad de someterse a la Corte. Conoce igualmente de los litigios que las partes estén obligadas a someter a su decisión por haber quedado establecida su competencia en tratados internacionales.[316]

De una simple lectura se colige que en dicho Decreto Ley nada se regula acerca de la mediación, puesto que solo está destinado a regular lo atinente al tribunal arbitral, la competencia del mismo así como las leyes aplicables y la obligatoriedad del laudo

[315] ROCA Aymar, José Luis. El Arbitraje en la contratación Internacional. Pag124
[316] Cuba Decreto-Ley No. 250"De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional". Art 11.

arbitral; en cuanto establece en su artículo 38 que: Los laudos dictados por el tribunal arbitral son firmes, definitivos, y de obligatorio cumplimiento por las partes a los diez días contados a partir del siguiente a su notificación.

No obstante, cualquiera de las partes dentro de los 30 días siguientes a la notificación, puede solicitar al tribunal arbitral la corrección de cualquier error incurrido, así como una aclaración del laudo, lo cual hará mediante auto fundado.[317]. Así tenemos que pese a que se reconoce la existencia de la mediación y otros métodos alternativos de solución de Conflictos, no existe cuerpo normativo exclusivo para regularla, de ello deviene que en su disposición Única solo establezca que *La Corte, como método alternativo de solución de controversias, puede prestar servicios de mediación a las personas naturales y jurídicas que así lo interesen, bajo los principios de neutralidad, equidad, confidencialidad y eficacia.Pueden someterse a mediación las materias susceptibles de transacción, desistimiento, o negociación del conocimiento de la Corte.*

Lo que no solventa en nada la imperenciosa necesidad de ponernos a tono de forma eficaz con el creciente uso de la mediación en materia mercantil a nivel mundial. Pues si bien las nuevas modificaciones de la Ley de Procedimiento Civil Laboral y Económico se basan en solucionar de manera más efectivas de manera más efectiva los conflictos que llegan a ser de conocimiento de los Tribunales Provinciales, así como en aras de no dilatar en vano el proceso se introdujeron con la modificación de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico la posibilidad de practicar, una vez admitidos los escritos de demanda y contestación, una audiencia previa con cometido eminentemente saneador (art.771), en conexión con la cual se abrió la posibilidad de la conciliación (art.772), concediéndole al tribunal la facultad de aprobar judicialmente la transacción (art.773), al objeto de favorecer y respaldar las soluciones auto compositivas a que puedan arribar las partes, lo cual sin lugar a dudas constituye un paso de avance y contribuye en la mayoría de los casos a lograr un acercamiento entre las partes, propiciando un diálogo, que dirigido por el Tribunal

[317] Idem

lejos de ser una imposición resulta ser lo más acertado y beneficioso para demandante y demandado.

Lo anterior no cubre todo el espectro de la mediación; ni mucho menos los nuevos conflictos que se generarán a raíz de la Ley de Inversión Extranjera que generará más allá de una apertura económica el ascenso de nuevos tipos de litis que a la postre compelen a soluciones dinámicas que contrario sensu a crear brechas insalvables en las relaciones entre demandados y demandantes (tal como lo hace usualmente el proceso ante los Tribunales) sea una vía más preventiva que subsanadora.

Conclusiones:

- La mediación como método alternativo de resolución de conflictos encuentra su cimiento ante la ineficiencia del sistema tradicional, el cual se caracteriza por la lentitud en la tramitación de las causas, los elevados costos legales, muchas veces la imposibilidad de solventar cuestiones complejas, el desgaste emocional de las partes, sobre todo cuando deben seguir manteniendo relaciones en el futuro, lo que la convierte en un método más idóneo respecto al arbitraje donde existe un vencedor y un vencido lo que deviene en muchos casos en la ruptura de las relaciones de las partes.
- La mediación tiene su fundamento en que permite ofrecer un modelo personalizado para conciliar desavenencias futuras entre las partes, de ahí se deduce que es un método efectivo no solo porque resuelve conflictos sino porque los previene.
- Se precisa crear un cuerpo normativo que regule el procedimiento de la mediación, así como los diferentes conflictos o materias en los que puede aplicarse este método alternativo.

Bibliografia

-El Decreto Ley 81 Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

-La Resolución 142. Reglamento Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

-Código de Etica de la Organización.

-Parámetros de Calidad de la ONBC relativos al Proceso Laboral Común.

-Ley 116. Código de Trabajo Actual.

-Decreto 326. Reglamento del Código de Trabajo actual.

-LPCALE.

Las nuevas formas de producción no estatal como una oportunidad socioeconómica en la sostenibilidad del socialismo en Artemisa

MAIDELIN QUESADA SOTOLONGO*

INTRODUCCIÓN

La proyección política del Partido Comunista de Cuba (PCC), expresada en los Lineamientos del VI Congreso del PCC, ratifica en el Capítulo I artículo I que el sistema de planificación socialista cubano continuará siendo la vía principal para la dirección de la economía nacional, la cual debe transformarse en sus aspectos metodológicos, organizativos y de control.

Seguidamente en el Lineamiento II, se redacta que el modelo de gestión reconoce y promueve, además de la empresa estatal socialista, que es la forma principal en la economía nacional, las modalidades de inversión extranjera previstas en la ley (empresas mixtas, contratos de asociación económica internacional, entre otras), las cooperativas, los agricultores pequeños, los usufructuarios, los arrendatarios, los trabajadores por cuenta propia y otras formas, todas las que, en conjunto, deben contribuir a elevar la eficiencia.

La estrategia política cubana también comprende en su redacción la creación de nuevas formas de producción como son las cooperativas de primer grado como una forma socialista de propiedad colectiva, en diferentes sectores, las que constituyen una organización económica con personalidad jurídica y patrimonio propio, integradas por personas que se asocian aportando bienes o trabajo, con la finalidad de producir y prestar servicios útiles a la sociedad y asumen todos sus gastos con sus ingresos.

La actualización del modelo económico cubano se puede considerar como una acción más del proceso de rectificación de errores iniciado en Cuba en la década de los 80 del Siglo XX, atemperada en la actualidad a las exigencias del contexto internacional globalizado, caracterizado por una marcada crisis económica.

Entre los aspectos que inciden en la no realización de los objetivos trazados en periodos anteriores al VI Congreso del PCC, se encuentran: el deterioro de indicadores macro-económicos que no permitieron el incremento del Producto Interno Bruto (PIB), la disminución de las exportaciones y el incremento de las importaciones, la obsolescencia de la técnica en los principales renglones de la economía y la falta de eficiencia económica en diversos sectores donde se destaca el sector azucarero, principal renglón de la economía nacional en aquel entonces.

Entre los principales impactos negativos de la situación antes mencionada en la provincia Artemisa, aun cuando no existiera como provincia, estuvo el redimensionamiento empresarial, proceso del cual se redujo un número considerable de la fuerza de trabajo.

Como alternativa a esta situación se aprobaron nuevas actividades de trabajo por cuenta propia (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, MTSS, 2011), donde se potencializaron actividades de los servicios no asimiladas por el sector empresarial, dando origen a una nueva forma de propiedad en Cuba “La propiedad privada”, así como el Decreto Ley 305 y 306 que comprende la creación, principios de las cooperativas no agropecuarias y su forma de propiedad colectiva sobre los medios de producción.

Enunciar como las formas de producción no estatal constituyen una oportunidad socioeconómica en la sostenibilidad del socialismo en la provincia Artemisa constituye el **objetivo** de la presente investigación.

Desarrollo

¿La plusvalía, parte del núcleo duro del capital? ¿Cómo utilizarla en el socialismo?

“En el capítulo Vll del primer tomo Marx señala: otra cosa acontece con el factor subjetivo del proceso de trabajo. Mientras que por su forma útil, encaminado a un fin, el trabajo transfiere el producto el valor de los medios de producción y lo conserva, cada momento de su dinámica, crea valor adicional un nuevo valor [...] Por lo tanto, la fuerza de trabajo puesta en acción no se limita a reproducir su propio valor, sino un

valor nuevo. Sigue diciendo Marx más adelante: La segunda etapa del proceso de trabajo necesario le cuesta evidentemente trabajo, supone fuerza de trabajo desplegada, pero que no crea valor alguno para él. Crea la plusvalía que sonríe al capitalista con todo el encanto de algo que brotase de la nada (La cursiva es de R.J.M) de ese valor nuevo –o plus valor, valor añadido- en las condiciones del capitalismo se apropia el capitalista y lo convierte en un desmesurado nivel de vida para él y su familia" (Machado y Gattorno 2013).

"Prácticamente, en la mayoría de los principales países capitalistas, sus modelos de desarrollo han perdido sus propiedades sistemáticas, en la medida que determinados segmentos -el capital financiero- se han apropiado de las palancas de mando que imponen un modelo unilateral que privilegia principalmente sus intereses, sin dejar espacio para los intereses. El capital financiero ha secuestrado el modelo, lo ha hecho suyo, quebrantado así el consenso social y ha sacudido el sistema como un todo" (Machado y Gattorno 2013).

"Pero el tema de la plusvalía tiene otro aspecto, muy importante a los efectos de lo que queremos mostrar: su misma definición y su forma de apropiación constituye un factor de terminación de la naturaleza del sistema, sea capitalista o de orientación socialista. En ese sentido, Marx concluye esta parte de su análisis: lo único que distingue uno de otros son los tipos económicos de la sociedad" (Machado y Gattorno 2013).

"La sociedad feudal de la esclavitud, es la forma en que este trabajo excedente le es arrancado al producto inmediato al obrero. (La cursiva es de R.J.M) Es decir, no solo la manera en que le despoja sino también de aquí se deriva que el tipo de utilización de la plusvalía termina en gran medida la naturaleza del sistema" (Machado y Gattorno 2013).

El principio del siglo XXI y los grandes desafíos de una crisis económica internacional provocaron falta de credibilidad de los grupos dirigentes, derivadas de sus rectorados y graves errores, tanto políticos como económicos, produjeron un alto grado de desconfianza de la mayoría de la población en la capacidad para dirigir la sociedad, lo que determinó el estallido del sistema. No fueron capaces de gestionar la

propiedad social con eficacia, ni descubrieron las vías para emplear a favor del socialismo formas superiores de propiedad no estatal, aunque promovieron en una escala muy superior a la nuestra el trabajo por cuenta propia (Machado y Gattorno 2013).

Según Machado y Gattorno (2013) es un error conceptual identificar de manera absoluta el capitalismo con la propiedad privada, ya que la propiedad privada apareció con mucha antelación, corroborando su criterio con lo planteado por F. Engels “El origen de la familia, la propiedad privada y el estado, antecede a la formación social capitalista en casi 2000 años. En “El Capital” Marx sitúa la aparición del sistema capitalista hacia 1400: “Como forma característica del proceso de producción capitalista, este sistema impera durante el verdadero periodo manufacturero, que en líneas generales van desde mediados del siglo XVI hasta el último tercio del XVIII.

Kuczynski (1957) elaboró la tesis del primer y el segundo capitalismo. Según esta teoría se produjo un surgimiento inicial hacia el siglo Xll de las primeras formas de producción capitalista en la zona meridional de Italia, es decir, hubo un surgimiento primario del entonces nuevo sistema –el primer capitalismo- que en determinado momento se replegó antes los recursos sociopolíticos, aun prevalecientes de los restos del sistema anterior, para después volver a resurgir con irresistible impulso tres siglos después, a lo que pudo llamarse el segundo - y ya definitivo– capitalismo.

“Parece una realidad histórica que los nuevos sistemas de relaciones sociales surjan primero como formas embrionarias, relativamente inmaduras, se retiren y después regresen apoyadas en las fuerzas que les dieron las experiencias de las derrotas acumuladas, así como la decadencia y creciente falta de energía del sistema anterior para mantenerse. Es inevitable de la elaboración de una analogía de los tiempos que corren. ¿Cómo haber imaginado que después de la debacle del socialismo europeo en los años 90 apenas una década después, resurgieran con fuerzas incontenibles las ideas socialistas, al mismo tiempo que el sistema anterior se enfrenta a una banca rota económica y social, cuyas clases dominantes desconocen los cambios de salidas?”

¿La propiedad privada como fuente de financiamiento del socialismo?

“Según nuestro punto de vista, si lo analizamos a la luz de la experiencia contemporánea: China, Vietnam, Venezuela, este factor posee un potencial de definición superior, o igual del sistema, que la misma naturaleza de la propiedad. Es decir, de lo que se trata no es tanto de cómo y quién produce la plusvalía, sino que es lo que se hace con ella. En unos casos, este excedente en forma de ganancia va a los bolsillos de una minoría; en otros, se distribuye con la acción estatal entre amplias capas de la población, expresado en significativos beneficios sociales como salud y educación, mayores expectativas de vida y seguridad social. Aquí es determinante la capacidad de los sectores dirigentes para crear un sistema tributario sobre bases científicas, coherentes con la naturaleza del sistema social y que contribuya eficazmente a sus sostenibilidad” ” (Machado y Gattorno 2013).

“Es decir, ciertas formas de propiedad privada pueden utilizarse como palancas para un nuevo orden social, de orientación socialista, siempre y cuando se mantenga en ciertos límites y que el sujeto social que encarne a estos propietarios los acepte, entre ellos el de mantenerse solo como actores económico sin pretender su conversión en actores políticos. No consideramos que mantener ese proceso bajo control sea algo fácil. Se trata de demostrar la inviabilidad, sobre todo en los países del sur, de las formas tradicionales de capitalismo y de la posibilidad de construir un modelo para que alcance propiedades sistemáticas, que funcione como tal y garantice la participación y la justa compensación, según su parte, a sustentabilidad de los diferentes segmentos de la población” (Machado y Gattorno 2013).

“Este es el desafío principal de naturaleza política y con fuertes compromisos con los métodos científicos, que esta nueva situación plantea a las vanguardias políticas en los sistemas cuyos objetivos están orientados al proceso social, la eliminación gradual de las desigualdades, la implantación continua y crecientes de la justicia social y la construcción de un régimen capaz de garantizar un grado de bienestar aceptables para todos. Esta concepción de utilizar una base social sustentada parcialmente en la propiedad privada para construir una sociedad más justa, tiene

sus raíces en la misma historia personal de los fundadores del marxismo" (Machado y Gattorno 2013).

"Todo conocedor, aunque sea elemental, de los orígenes de esta doctrina, sabe que Marx se dedicó durante varios quinquenios solo a la redacción de su obra cumbre; esa fue su única ocupación y pudo hacerlo gracias a que Engels lo mantuvo a él y a su familia durante todo ese tiempo. Engels fue empresario y dueño de unas de las más exitosas fábricas de textiles de su época en Inglaterra, de excelentes estándares, según investigaciones posteriores (el autor recuerda haber leído en la década de los 80 un texto publicado en la *Harvard Bussines Review*en la cual hacía referencia al prestigio de Engels como empresario). Gracias a eso pudo dedicar parte de sus ganancias como propietarios a financiar la redacción de la obra que desde el punto de vista teórico iba a dar el tiro de gracia al soporte conceptuar de la sociedad capitalista" (Machado y Gattorno 2013).

Las cooperativas no agropecuarias en Cuba

De los lineamientos del 6to. Congreso del PCC, en cuatro de ellos se promueve la creación de Cooperativas. Previo al proceso del Congreso, se circuló por toda la nación, el anteproyecto de los Lineamientos, el cual generó mucho interés para los investigadores sociales y económicos. En ellos se ofrece información de los debates que provocó la discusión a nivel nacional del documento. Su redacción comprende el hecho que la creación de las nuevas formas de producción no estatal estuvo entre los aspecto que más dudas originó en el análisis, alcanzando una cifra de 1130 planteamientos, en todo el país (PCC 2011).

Resulta evidente que en el contexto socialista, la creación de nuevas formas de producción no estatal, es un proceso de alta complejidad, ya que históricamente la producción estuvo sustentada en la producción estatal, similar criterio presentó Piñeiro (2011) y Machado y Gattorno (2013).

Según Piñeiro (2011), "es urgente contar con una Ley general de cooperativas y su correspondiente reglamento general, ya anunciados en los Lineamientos, como ya ocurre en Venezuela y otros países comprometidos con el desarrollo social y no solo económico de sus pueblos, esas y otras normativas deberían reflejar un compromiso

del estado cubano en relación con otras formas no estatales basadas en el trabajo individual o en la contratación de fuerza de trabajo asalariado. Esa preferencia debería concretarse en políticas fiscales, crediticias y no menos importantes de las compras gubernamentales".

La autora de la presente investigación coincide con lo planteado por Piñeiro (2011), al hacer referencia sobre la necesidad de crear una institución de supervisión de la forma de producción no estatal, para velar porque estas cumplan con sus principios y no se escondan detrás de ellas negocios que solo se aprovechen de sus preferencias.

En correspondencia con lo anteriormente planteado Betancourt y Sagebien (2013), al referirse sobre el ámbito político cubano exponen que "En Cuba se exploran vías alternativas para desarrollar a través de organizaciones sociales autogestionarias el sector no estatal y una economía social solidaria de orientación socialista. El nuevo modelo pretende conservar en manos públicas el grueso de la propiedad de los medios de producción y transferir a manos privadas la gestión de las producciones y servicios no estratégicos" (...)" La cooperativa es la forma ideal de organización social autogestionaria para el modelo cubano actualizado, porque: es consistente con el marco teórico y valores del socialismo (Propiedad común solidaria, preocupación por el bienestar colectivo más allá del beneficio individual y dinámicas perniciosas entre empleados y empleadores); puede acatar las directivas de una economía centralmente planificada y responder a las exigencias de iniciativas de desarrollo local" (…)" consagra los tributos de solidaridad y gestión democráticas, con mecanismos internos para contrarrestar la corrupción, no obstante la necesidad de una supervisión estrecha del estado".

Una premisa esencial para el despliegue de esta forma socialista de propiedad no estatal, sería la creación de una sólida cultura de cooperativismo, que debería comenzar en el seno del sector del Trabajo por Cuenta Propia (TCP), que solo sería posible con el apoyo de un programa coherente y eficaz de formación de los recursos humanos, especialmente de los cuadros.

Piñeiro (2011) citada por Machado y Gattorno (2013), muestra cuán contradictoria y complicada ha sido la experiencia del cooperativismo en la sociedad socialista. Se puede afirmar, referido a las experiencias del antiguo campo socialista, que estas no arrojaron resultados concluyentes. De ahí que no sean pocas las personas, dentro y fuera del país, que tenga reserva y prejuicio hacia esta forma de propiedad, que por su esencia debe tener una orientación socialista, sin embargo, las experiencias, en el contexto capitalista, han mostrado logros significativos como en España (el conocido caso Mondragón) y en países latinoamericanos como un Uruguay, Brasil, Argentina y Venezuela, cuyas experiencias son alentadoras, lo que se constata en los respectivos trabajos acerca de lo sucedido en esos países.

El modelo económico cubano y su contexto

Para entender con claridad los aspectos esenciales que se deben tener en cuenta, como parte del proceso de actualización del modelo económico cubano, es necesario hacer una interpretación de la Constitución de la República de Cuba, de la cual el Capítulo I es el que se ajusta con el tema tratado en la presente investigación, pues contiene los Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, expresando en dos artículos las formas de propiedad establecidas en el país (MINJUST 2013).

ARTÍCULO 14. En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre.

También rige el principio de distribución socialista "de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo". La ley establece las regulaciones que garantizan el efectivo cumplimiento de este principio.

ARTÍCULO 21. Se garantiza la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona.

Asimismo se garantiza la propiedad sobre los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar, los que no pueden ser utilizados para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno.

La ley establece la cuantía en que son embargables los bienes de propiedad personal.

Como resultado del análisis de este documento, se llega a la conclusión que es necesario evaluar la posibilidad de incluir en este órgano rector la propiedad privada surgida a partir de la actualización del modelo económico cubano y la creación de nuevas formas de producción no estatal.

Cada modelo está condicionado por factores socio político y económico específicos, y la situación cubana difiere en mucho de la existente en los países asiático, cuyas experiencias no están exentas de errores y limitaciones. En el documento aprobado en el 6to. Congreso del PCC en el epígrafe 1 “Modelo de gestión económica”, en su Lineamiento General 03, se establece: “En las formas de gestión no estatales, no se permitirá la concentración de la propiedad en personas jurídicas o naturales”.

La inquietud fundamental – justificada – de la dirección del país al establecer esta restricción, se basa en que los espacios de la propiedad privada, más allá de cierto límite, implica la aparición de la posibilidad de que estos grupos, en la medida que alcance un poder económico significativo pudiera representar un desafío en términos políticos, al poder central del estado y que intenten imponer sus intereses por encima de los de la sociedad en su conjunto.

La autora de la presente investigación hace énfasis en la política trazada por el gobierno cubano sobre este aspecto, que al crear la nueva forma de producción no estatal se concibió desde los intereses colectivos y no individuales. Estas restricciones evitan la concentración de capital y una desigualdad en la distribución de las utilidades según los aportes hechos en la creación de la cooperativa.

Dentro de las acciones que flexibilizan la gestión del estado con estas formas de producción no estatales, se proyectó en el año 2011, incrementar y diversificar la oferta de crédito a personas naturales: trabajadores privados agricultores pequeños y aquellos que desean adquirir bienes personales. Encontrando como barrera que dichos créditos solo se otorgan en CUP, por lo que los trabajadores privados apenas aprovechas esta posibilidad de obtener capital de inversión y se han apoyado más en

ahorros personales y remesas procedentes del exterior (Betancourt y Sagebien 2013).

Estudios sociológicos proyectan que para los próximos años más de 1 000 000 de personas en Cuba deberán transitar hacia las áreas de trabajo no estales. Las actuales formas, estadísticamente autorizadas, tales como actividades transportistas, gastronómicas, de alquiler de inmuebles por mencionar solo estas, ya dan señales de acercarse a sus niveles de saturación, de ahí la inevitable necesidad de avanzar hacia nuevas modalidades y se pretende culminar este proceso sin enfrentar disfunciones sociales de ciertas dimensiones (Machado y Gattorno 2013).

La obtención de la mercancía por las formas no estatales de producción.

Con respecto a la obtención de la mercancía por las formas de producción no estatales en Cuba, es necesario establecer vínculos de mercado entre estas y el sector estatal, ello incluye establecer cadenas de suministros especialmente diseñados para cumplir el principio de “Responsabilidad Social”, determinando el impacto que puedan mostrar a través de los precios en la oferta y demanda, similar criterio presentan Betancourt y Sagebien (2013) y Machado y Gattorno (2013), al citar en su libro la Tesis que sostuvo Marx sobre los precios en los Capítulos VI, IX y XI del Tomo Tercero.

Al estudiar con detenimiento la obra de Marx, se puede determinar la importancia que le cedió a los precios, por la posición que ocupa el tema en su texto, desde el cual se aprecia su estratégica función reguladora con relación a la totalidad del sistema. Las ideas básicas de Marx tienen total relevancia en el actual contexto cubano en cuanto a la gestión que develan las nuevas formas de producción no estatales y la formación de precios. El autor manifiesta tres importantes tesis acerca de los factores que inciden en los precios: precios y salarios; precios y ganancia; ganancia, salarios y precios.

Al referirse a los precios y salarios, detalla uno de los componentes fijos de la actividad de cualquier negocio como es el pago al trabajador. Factor en el cual Marx describe que las cifras están sujetas a la influencia de condiciones, entre las que se encuentran las de carácter territorial. En Cuba, las provincias no tienen un semejante

desarrollo económico. El carácter urbano y rural en las demarcaciones, determinan los salarios a pagar, provocando movimientos, en ellos, que los hacen oscilar y también influye sobre el valor de la fuerza y el mercado de trabajo.

La fijación de precios y la obtención de ganancia en las nuevas formas de producción no estatal cubana, alcanzan una alta relevancia en la manera que estas evidencian su inexperiencia, por no tener claro los conceptos y experiencias internacionales, la no utilización de fichas de costo, ya sea, de un bien o servicio, la variabilidad de los precios determinada por los costos de la mercancía.

Dentro de las principales razones que conllevan al fracaso temprano de las formas de producción no estatal está el colocar precios a un nivel que les permite la pronta recuperación de la inversión en el menor tiempo posible, sin tener en cuenta realmente el costo del bien o servicio producido, el valor de la materia prima y la competencia.

En el ciclo económico de un país, la existencia de una recesión o una depresión económica, los consumidores, están expuestos a la sensibilidad de los precios, ellos se preocupan por la elevación del precio de la canasta básica, la elevación del costo de la vida y el riesgo de ser objeto de la disponibilidad laboral.

En la medida que la economía se recupera, los consumidores comienzan a ver el futuro diferente, se vuelven más optimistas, se comienza un período de prosperidad, la actividad comercial se intensifica y los clientes ponen menos resistencia al alza de los precios.

A decir de la autora de la presente investigación, este artículo en su esencia aborda temáticas, que aunque discutibles por la forma en que se presenta, se requiere en Cuba de una mayor divulgación de la introducción de nuevas formas de producción no estatal en el contexto socialista cubano.

Los ingresos por recaudación de impuestos a estas nuevas formas de producción no estatal, son utilizados en garantizar servicios públicos como Educación, Salud, Cultura, Deporte y Asistencia Social. El impago de ellos constituye un aspecto a tratar entre el estado y las formas no estatales de producción.

Entre los principales problemas que imposibilitan un aumento de la recaudación al fisco por las formas no estatales de producción, está la no declaración en su totalidad de los ingresos reales percibidos en el ejercicio de su actividad.

Esta situación presenta como antecedente el hecho que el modelo de Declaración Jurada el finalizar al año fiscal no considera la totalidad de los gastos reales que este tiene en el desempeño de sus actividades, el porciento a descontar es muy inferior al gastado realmente. Las formas no estatales de producción deben aportar el 10% de los ingresos brutos que no son las utilidades. Como parte de la estimulación a los contribuyentes en este proceso de declaración jurada, se les realiza una bonificación aquellos que paguen antes del cierre del mes de febrero con un descuento del 5% del importe abonar.

La ausencia de un mercado mayorista con menor precio para la adquisición de materias primas y materiales provoca una disminución de los ingresos al TCP y de este al presupuesto.

Todo el financiamiento que se recauda por el concepto de impuesto contribuye con los ingresos cedidos del municipio y de este con la provincia para financiar los gastos públicos.

Las formas de producción no estatal en Artemisa

La provincia de Artemisa surge a partir de la nueva distribución política administrativa que tuvo el país en el 2011, está compuesta por 11 municipios, en la cual se identifican como actividades económicas fundamentales la agricultura no cañera y cañera, ganado vacuno y porcino, la producción de materiales de la construcción y cemento, además se proyecta la principal Zona de Desarrollo Económico de la nación con el puerto Mariel con participación de inversión extranjera directa.

El sector no productivo de la provincia está conformado aproximadamente por 52 000 contribuyentes, las forma de producción no estatales están organizadas en trabajadores por cuenta propia (99.0 % del total) y cooperativas no agropecuarias, de esta última aprobadas 69, organizadas en función de sus servicios: Servicio gastronómico 48, servicio de peluquería 2, mercados agropecuarios 14, construcción

2, producción textil 1, recuperación de materia prima 1, transportista 1(data de diciembre 2014).

Al cierre del año 2014 por concepto de pago por tributo se había ingresado al sistema de tesorería en toda la provincia de $ 60 701 520,0 importe significativo como ingreso al presupuesto del estado.

Haciendo una valoración de las formas de producción no estatales en Artemisa en función de la Responsabilidad Social (RS) se develan los siguientes logros y deficiencias:

Logros:

- Voluntad de los Órganos Locales del Poder Popular en mantener las formas de producción no estatal.
- Aumento de la calidad de los servicios gastronómicos.
- Aumento de las ofertas de productos agropecuarios y sus derivados.
- Diversificación de los servicios.
- Establecimiento de precios por la oferta y la demanda.
- El pluriempleo como una forma de ingreso adicional.
- Incremento de oportunidades de empleos para mujeres.
- Reducción de jóvenes desvinculados al estudio y al trabajo.
- Incremento de ingresos al presupuesto del estado.
- Reanimación de inmuebles estatales.
- Rescate de oficios.

Deficiencias:

- Falta de autogestión y autonomía de las formas no estatales de producción.
- La carencia de un modelo de gestión económica que le permita alcanzar los objetivos trazados en función de su Responsabilidad Social.

- Deficiente preparación de las formas no estatales de producción en el proceso de dirección y gestión.
- Carencia de un mercado mayorista para adquirir materias primas y materiales.
- La provincia no tiene autonomía para decidir la aprobación inmediata de las cooperativas no agropecuarias.
- No se ha desarrollado aún estudio que permita conocer el impacto de la Responsabilidad Social de las nuevas formas de producción no estatales en la provincia de Artemisa.
- Bajo vínculo de las instituciones investigativas y de formación en la provincia con las nuevas formas de producción no estatal.
- La existencia de formas de producción no estatales que incumplen el objetivo para las cuales fueron aprobadas y se convierten en intermediarios, incidiendo en el aumento de los precios de los productos que comercializan.
- No existe una estructura específica encargada de planificar y organizar el trabajo en las formas de producción no estatal.

Propuesta de acciones para el seguimiento a la actividad de las nuevas formas de producción no estatal.

Para la fundamentación de la presente propuesta de acciones se tuvo en cuenta los Balances de las formas de producción no estatal de 2013 y 2014 realizado por el Consejo de Administración provincial (CAP) y estudios de la Asociación de Economista y Contadores de Cuba (ANEC) provincial.

Objetivo: proponer acciones que contribuyan a la sostenibilidad del funcionamiento de las nuevas formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa en su aspiración al principio de Responsabilidad Social (Tabla 1).

Tabla 1. Acciones para la organización del funcionamiento de las nuevas formas de producción en Artemisa.

No.	Actividad	Responsable	Participan
1	Creación de una estructura que organice el trabajo de las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa.	Administración Provincial (CAP).	- CAP. - PCC Provincial. - Dirección - Provincial de trabajo y Seguridad Social (DPTSS). - Organizaciones políticas y de masas en la provincia.
2	Creación de una Sociedad Científica de las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa.	Universidad de Artemisa (UA).	- PCC Provincial. - CAP. - ANEC. - UA.
3	Realizar una investigación que tribute a la confección de un modelo para la forma de producción no estatal en la provincia de Artemisa	Universidad de Artemisa	Miembros de la sociedad científica cooperativa de la provincia de Artemisa.

4	Diseñar una estrategia que integre el funcionamiento de las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa	Universidad de Artemisa	Miembros de la sociedad científica de las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa. Representación de las formas no estatales de producción.
5	Oficializar los espacios donde se analice el funcionamiento interno de las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa.	CAP	-CAP. -PCC Provincial. - DPTSS. -Organizaciones políticas y de masas en la provincia. -Medios de difusión.
6	Desarrollo de un programa de capacitación para las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa.	Universidad de Artemisa	- PCC Provincial - Miembros de la sociedad científica de las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa. - Profesores seleccionados UA.
7	Divulgar los resultados del	Dirección	- CAP.

	funcionamiento organizado de las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa	aprobada de la estructura organizativa de las formas de producción no estatal	- PCC Provincial. - Dirección Provincial de trabajo y Seguridad Social (DPTSS). - Organizaciones políticas y de masas en la provincia. - Medios de difusión.
8	Realización de talleres a diferentes niveles donde se intercambien experiencias sobre las formas de producción no estatal en la provincial.	Dirección aprobada de la estructura organizativa de las formas	- PCC Provincial - Miembros de la sociedad científica de las formas de producción no estatal en la provincia de Artemisa. - Profesores seleccionados UA.

Fuente. Elaboración propia.

CONCLUSIONES

1. Los miembros de las nuevas formas de producción no estatal de la provincia de Artemisa carecen de preparación para alcanzar su compromiso de Responsabilidad Social.

2. El plan de acción propuesto en la presenta investigación da respuesta a una necesidad puntual de la provincia de Artemisa.
3. Los fundamentos teóricos sobre las nuevas formas de producción no estatal demuestran su pertinencia en la sostenibilidad del socialismo en Artemisa.

RECOMENDACIONES

- A las organizaciones implicadas en el funcionamiento y seguimiento de las nuevas formas de gestión no estatal en la provincia de Artemisa, hacer uso de las acciones presentadas con la finalidad de que funcionarios y trabajadores no estatales alcancen un mayor conocimiento sobre los principios de funcionamiento y les permitan conocer los beneficios socioeconómicos que develan estas formas de producción e implementación de su responsabilidad social.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ávila, F. R. 2012. Una opinión de por qué no bajan los precios. Ed. Periódico Granma. La Habana. Cuba.

2. Betancourt. R y J. Sagebien. (2013). Para un crecimiento inclusivo: empresas no responsables en Cuba. Ed. Revista Tema. La Habana. Cuba. No. 75. ISSN 0864-134X.

3. Marx. C. El Capital. Tomo I. Editorial Nacional de Cuba. La Habana 1962.

4. Machado. R y K. Gattorno. (2013). Abrir y mantener un negocio por cuenta propia. Ed. Ciencias Sociales. La Habana. Cuba. ISBN. 978-959-06-1483-5.

5. Piñero. C. (2011). Cooperativas y socialismo: una mirada desde Cuba. Ed. Caminos. La Habana. Cuba. ISBN. 978-959-303-033-5.

6. Partido Comunista de Cuba (PCC). (2011). VI Congreso. Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. Capítulo I. Lineamientos Generales p 10 y 11.

7. _____ (2011). Información sobre el resultado del debate de los lineamientos de la política económica y social del Partido y La Revolución. p.6.

8. Kuczynski. J.(1957). Breve historia de la economía. Ed. Platino. Buenos Aires. pp 156;167.

9. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. (2011). Resolución No. 33. Gaceta de Cuba.

10. Ministerio de Justicia (MINJUST). 2013. Constitución de la República de Cuba. Ed. My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz. La Habana. Cuba. ISBN. 978-959-7143-28-4.

El papel del Derecho Ambiental en la búsqueda de la justicia social frente a los procesos globales de consumo de la sociedad moderna capitalista

ANTONIO M. DE LAS TRAVIESAS MORENO*

MAYLON PALENZUELA LÓPEZ**

HERNÁN M. TORRES SERRANO***

Introducción

El pasado 30 de Noviembre del 2015 dio inicio en la Capital Francesa La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático COP21, la cual tuvo que extenderse del tiempo fijado para lograr un acuerdo plasmado en un documento que no es en su totalidad un acuerdo jurídicamente vinculante, y entre sus principales objetivos encontramos las acciones que los países deben asegurar para que el aumento de las temperaturas no excedan de 2 grados centigrados, ademas de un sistema de financiación de 100 000 millones de dolares anuales para ayudar a los países con menos recursos a adaptarse a los efectos del cambio climático. Según las notas de prensa y los cables se habla de resolver en un futuro, dicho acuerdo no plantea la forma en que se va a implementar todo esto y a partir de que momento, ¿tienen la misma responsabilidad las naciones subdesarrolladas que las naciones desarrolladas?, ¿ se podrán salvar las poblaciones de los países con menos recursos con el financiamiento para que se ¨adapten¨ a los efectos del cambio climático?.

Hace 24 años en la conferencia de Río de Janeiro, exactamente el 12 de junio de 1992 el Presidente cubano Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz en su intervención expresó:

¨Una importante especie biológica esta en riesgo de desaparecer por la rápida y progresiva liquidación de sus condiciones naturales de vida: el hombre¨. Mas

adelante apuntaba después de señalar las causas de la destrucción del medio ambiente. ¨La presión poblacional y la pobreza conducen a esfuerzos desesperados para sobrevivir aun a costa de la naturaleza. No es posible culpar de esto a los países del tercer mundo, colonias ayer, naciones explotadas y saqueadas hoy por un orden económico mundial injusto.....Utilícese toda la ciencia necesaria para un desarrollo sostenido sin contaminación. Páguese la deuda ecológica y no la deuda externa. Desaparezca el hambre y no el hombre¨. Exponiendo en su conclusión ¨Mañana será demasiado tarde para hacer lo que debimos haber hecho hace mucho tiempo¨. Han pasado 24 años desde entonces sin un accionar que detenga el deterioro del medio ambiente que ya es real como lo es la disminución de los casquetes polares, la perdida de bosques y la desertificacion aumenta; se discute, se analiza, pero la esencia de las causas que han originado esta situación se mantienen latentes estando dadas en la relación del hombre con la naturaleza.

Todas las relaciones sociales humanas se han desarrollado en su interacción con el medio ambiente. El mundo, entendido como todo lo cognoscible constituye un conjunto de sistemas y por tanto no existe un segmento de este que exista y se desarrolle de forma aislada e independiente.

La comunidad primitiva, primera formación social, constituye el alba del hombre y abarca un lapsus verdaderamente asombroso. Durante todo ese estadio social, el cual constituye la prehistoria, el hombre vivió muy vinculado a la naturaleza. Los hombres primitivos se hallaban supeditados a la naturaleza, Federico Engels plantea como ´´los hombres entran en la historia, todavía semianimales, impotentes aun frente a las fuerzas de la naturaleza, todavía ignorantes de las suyas propias, pobres, por tanto, como las bestias y apenas más productivas que ellas´´. La naturaleza se le aparece a este hombre primitivo todopoderosa ante la que se siente impotente, lo que lo obliga poco a poco, lentamente, ir venciendo y dominando lo que le era en ese momento un obstáculo para su supervivencia, produciendo revoluciones del conocimiento en general.

Engels plantea que en los umbrales de la historia de la humanidad se alza el descubrimiento que convierte el movimiento mecánico en calor, la producción del

fuego por frotación. Gordon Childe, sintetizando la trascendencia del descubrimiento del fuego señala como ´´su control fue, presumiblemente, el primer gran paso en la emancipación del hombre respecto a la servidumbre a su medio ambiente´´. Con el dominio del fuego el hombre aumenta su quehacer en el desarrollo tecnológico y sobre su organización biológica, surge el arte de la cocina extendiendo la dieta hacia miles de alimentos antes incomibles, mientras domestica animales lo cual hace más rica su alimentación y aumenta la caza con el dominio y manejo de los metales; forja armas más sólidas que le permite, además, fines de conquista de otros territorios. Al crear instrumentos de labranza y transporte devendrá firme y crecida su producción iniciándose así la era de la tecnología.

DESARROLLO.

La capacidad natural del hombre de razonar, reflexionar y discernir, le permitió acercarse al conocimiento de las leyes más generales que rigen el desarrollo del pensamiento, la sociedad y la naturaleza. Esto lo ha hecho más libre respecto a las demás especies animales, lo que a veces lo ha envanecido y llevado a invertir la relación que existe entre lo general y lo particular, sin tener en cuenta que tal como expresó Lenin ´´la necesidad de la naturaleza es lo primario, la voluntad y la conciencia del hombre lo secundario´´.

De tal modo, toda acción del hombre sobre el medio ambiente tiene impacto comenzando desde el momento mismo de la utilización del fuego, la creación y elaboración de instrumentos de caza, labranza y transporte así como el desarrollo de la agricultura y la ganadería comenzaron a influir en los cambios sustanciales en los ecosistemas naturales.

Con la Revolución Industrial, cuando la economía dependía del trabajo manual, esta se reemplaza por la industria, comenzándose con la mecanización de las industrias textiles y un comercio con nuevas rutas de transporte y la introducción del ferrocarril. El incremento productivo es favorecido gracias a la implementación de la máquina de vapor y la máquina hiladora, junto a ello el carbón se convierte como fuente de energía principal. La agricultura no queda atrás al introducirce nuevas técnicas y sistemas de cultivos, así como el uso de fertilizantes. Todo ello trajo consigo un

incremento poblacional el cual se ha mantenido hasta nuestros días. Con esta revolución y el surgimiento de un nuevo sistema social, el Capitalista, se incrementa potencialmente la capacidad del hombre para interactuar y modificar, no solo el medio ambiente, también las relaciones socio económicas entre los hombres, comenzándose a acentuar las desigualdades de clase y una marcada injusticia social y ambiental.

Durante este decursar del desarrollo de la humanidad han existido otros momentos de marcada aceleración de los cambios ecológicos. La primera y segunda guerras mundiales que, entre las causas que las provocaron encontramos la expansión territorial y una consecuencia de degradación del medio ambiente con el daño irreparable a los ecosistemas afectados. Recordemos la culminación de la Segunda Guerra Mundial con el lanzamiento de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaqui, y la afectación que produjo al medio ambiente y a la humanidad. Desde la culminación de este evento bélico, hasta nuestros días, prevalece un desarrollo económico, pero desigual, entre los países del Norte y el Sur .

Muchos han sido los progresos de la ciencia y la técnica desde la culminación de la ultima contienda armada en 1945 hasta nuestros días, pero no todos han sido con el propósito de resolver los problemas que la humanidad afronta; la notable diferenciación Norte Sur, extiende una frontera en el desarrollo equitativo entre los pueblos. Tal es el caso de los aportes científicos y tecnológicos realizados en la agricultura, la Revolución Verde, hace alrededor de 50 años. Cuando, ante una inminente crisis de alimentos a nivel mundial propicio un aumento productivo sobre todo en trigo, maíz y arroz. Aspectos positivos en el crecimiento de la disponibilidad global promedio de alimentos logró un 25% por persona en 1998, con una considerable reducción de los precios hasta del 40%. Esa actividad agraria intensiva constituye, en la actualidad, fuente de grandes problemas medio ambientales como la desertificacion, mayor emisión de CO2 y otros gases de efecto invernadero, la pérdida de la biodiversidad y la contaminación de las aguas. Tal salto tecnológico y productivo trajo consigo un costo ecológico al duplicarse el consumo agrícola de agua, el incrementó del consumo de fertilizantes químicos, el aumento de la mecanización con el creciente gasto de combustible fósil y las afectaciones del suelo.

Nos preguntamos, ¿se ha estabilizado la producción de alimentos en el mundo? La respuesta es clara, NO. La producción se ha estancado y en los países pobres los rendimientos son ínfimos, el ganado es afectado por enfermedades y es insuficiente la producción de leche, carne y huevo. A diferencia de los países desarrollados donde existe una sobreproduccion de alimentos, los avances en la biotecnología y técnicos de la información hacen posible dentro de su población, un aumento del bienestar general en países industrializados.

Todo lo anterior se agrava por el deterioro del medio ambiente determinado por el cambio climático, resultado de las acciones del hombre en su irracional modo de vida dentro de esos países industrializados que han provocado el efecto invernadero, con la desmedida emisión de gases contaminantes a la atmósfera. El presidente boliviano Evo Morales en la Cumbre de Cambio Climático celebrada en Copenhague, expresó: ¨Hoy nuestra Madre Tierra está enferma(.....)el calentamiento Global está provocando cambios bruscos en el clima: el retroceso de los glaciares y la disminución de los casquetes polares, el aumento del nivel del mar y la inundación de los territorios costeros en cuyas cercanías vive el 60% de la población mundial, el incremento de los procesos de desertificacion y la disminución de fuentes de agua dulce, una mayor frecuencia de desastres naturales que sufren las comunidades del planeta, la extinción de especies animales y vegetales y la propagación de enfermedades en zonas que antes estaban libres de las mismas. Una de las consecuencias más trágicas del cambio climático es que algunas naciones y territorios están condenados a desaparecer por la elevación del nivel del mar¨. Más adelante subrayaba ¨ El Cambio Climático ha colocado a toda la humanidad frente a una gran disyuntiva: continuar por el camino del capitalismo y la muerte o emprender el camino de la armonía con la naturaleza y el respeto a la vida¨

De eso se trata, de emprender un camino en armonía con la naturaleza, en un desarrollo sostenible, teniendo en cuenta su significado, el cual varios autores, en su enunciado, coinciden en que es un grupo de transformaciones sociales y estructurales económicas para optimizar los beneficios económicos y sociales disponibles en el presente, sin poner en peligro el probable potencial de beneficios similares en el futuro. Este constituye un punto que centra el estudio de muchos,

pues el derecho ambiental no se ocupaba de esta relación, pero ya gana su atención al valorar los patrones de producción y consumo, así como los temas de comercio y medio ambiente, también en el campo financiero, que empiezan a incluirse en los debates ambientales. Bajo esta mirada de sostenibilidad el hombre gana más preferencia en la atención del derecho ambiental, el cual interactua a la vez con temas como la lucha contra la pobreza y las relaciones entre salud y ambiente.

Hay que considerar la evolución histórica del Derecho Ambiental en el ámbito internacional y como, en los años 60 del pasado siglo, por las primeras presiones de los movimientos sociales en defensa del medio ambiente, comienzan a surgir algunos documentos de transcendental importancia en el ámbito internacional generados por algunas organizaciones internacionales: Declaración de principios de Consejo de Europa sobre la lucha contra la contaminación del aire (8/3/1968) y la Carta del Agua del Consejo de Europa (6/5/1968).

La Asamblea General de la ONU inició los trabajos preparatorios en 1968 de una conferencia especializada celebrada en Estocolmo, en 1972, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. En ella se adoptó una declaración en la que se destacó como "la protección y mejora del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los Gobiernos". Dos años antes nació el movimiento ambientalista moderno; cada año, el 22 de abril, se celebra el Día de la Tierra.

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA, con sede en Nairobi (Kenia)-. Concibió el crear "conciencia" y, por tanto, motivar e inspirar el aumento del nivel de acciones en el campo del medio ambiente, concientizar todos los niveles de la sociedad, así como coordinar el trabajo de todas las organizaciones y agencias de las Naciones Unidas en materia de medio ambiente. En 1982, resultado de la continua degradación del medio ambiente se convocó la Reunión Especial del Consejo del PNUMA para volver a llamarse la atención sobre el progresivo deterioro del medio ambiente y la situación del tercer mundo. La Asamblea General de la ONU crea la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y

Desarrollo, 1983. En 1987, se publica el informe Nuestro Futuro Común (conocido también como Informe Brundtland), en el cual se plantea los problemas ambientales a los que el desarrollo económico ha conducido, tales como el efecto invernadero y la desaparición de especies, así como otros de carácter social, como los problemas con el tercer mundo. Este informe fue el punto de partida para el debate que se desarrolló entre el 3 y el 15 de junio de 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro, conocida como Cumbre de la Tierra. Al concluirse fue creada la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible para apoyar, alentar y supervisar a gobiernos, organismos de las Naciones Unidas, según en las medidas a adoptarse para aplicar los acuerdos alcanzados en este cónclave, siendo estos la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro, la Agenda Local 21 con más de 2 500 recomendaciones prácticas. Recoge todos los problemas ambientales así como un programa de acción para la recuperación y desarrollo sostenible de determinados sectores y una Declaración de Principios para la ordenación sostenible de los bosques; ella no tiene fuerza jurídica obligatoria, pero su importancia radica, en que fue el primer consenso mundial sobre la cuestión, al disponer que todos los países, en especial los desarrollados, debieran esforzarse por "reverdecer" la Tierra mediante la reforestación y la conservación forestal. En el informe Nuestro Futuro Común se define: ¨El desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades¨.

El desarrollo sostenible lleva implícito entre otros:

- Lograr la sostenibilidad ambiental haciendo un uso racional de los recursos naturales a partir del patrimonio natural que se dispone y del equilibrio entre su uso, la renovación y sustitución.
- No sobrepasar la capacidad de absorción de los residuos por parte del medio ambiente.

- Un crecimiento económico con cambios en los sistemas actuales de producción anárquicos, que considere las reales necesidades de la sociedad.
- Alcanzar equidad en el uso del medio ambiente y en la distribución de las riquezas, eliminando los patrones de consumo de las minorías, de forma tal que permita satisfacer las necesidades materiales y espirituales de todos los hombres.

En 1993 en el seno de las Naciones Unidas, se constituye una Junta Consultiva de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible, por recomendación de la Cumbre de la Tierra, y en 1995, el Grupo Intergubernamental sobre los Bosques, en calidad de órgano subsidiario de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible.

Un lustro después de celebrada la Cumbre de la Tierra se efectúa un análisis del cumplimiento de los acuerdos aprobados; los resultados no fueron alentadores pues, al realizarse el balance, la situación era peor que cuando se celebró la Cumbre. Además, se firmaron dos tratados internacionales:la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y se iniciaron las negociaciones para convocar la Convención de lucha contra la Desertificacion, en la cual se firmaría, dos años más tarde, el Convenio con el mismo nombre, que entró en vigor en diciembre de 1996.

Se celebran, con una frecuencia anual, un número apreciable de conferencias internacionales de cambio climático de las Naciones Unidas como europeas en las cuales se trazan acuerdos y medidas hasta llegar a la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo, 2002 Tercera Cumbre de la Tierra, se convoca para dar respuesta al problema de conciliar las urgencias del desarrollo económico con la necesidad de mantener habitables el planeta para las generaciones futuras. En ella se reafirman los acuerdos de Río y la Agenda Local 21. Se aprueba el Plan de Acción para frenar el deterioro y llevar hacia delante la Declaración de Johannesburgo, en la que se reafirma el compromiso con el desarrollo sostenible y la necesidad ineludible de dejar un mundo mejor para las generaciones futuras. Un hito

muy importante es que Canadá y Rusia ratifican el Protocolo de Kyoto, por lo cual, con el 57,8 % de las emisiones globales, puede entrar en vigor.

La Conferencia sobre el Cambio Climático. Bali, 2007, tuvo como principal logro el facilitar el acceso a tecnologías limpias, intentando reducir así las emisiones de efecto invernadero. Por otro lado, se intenta, sin éxito, que lo ratifiquen los países emergentes y Estados Unidos.

En el año 2009 se desarrolló en Dinamarca la Conferencia sobre el Cambio Climático, Copenhague, 2009. Al igual que en otras cumbre similares, se intenta de fijar metas para sustituir al Protocolo de Kyoto. Se consigue un acuerdo, no vinculante, sin objetivos cuantitativos y sin plazos, duramente criticado por muchos países. Como logro puede añadirse, que países emergentes como China, India, Brasil y Sudáfrica, firmaron el documento, además de Estados Unidos.

En el 2012 se celebró la Cumbre Río+20, Cuarta Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, en Río de Janeiro, Brasil. Esta Conferencia sobre Desarrollo Sostenible ha tenido lugar 20 años después de la primera cumbre histórica de Río de Janeiro en 1992, y diez años después de la de Johannesburgo en 2002. Las conversaciones oficiales se centraron en dos temas principales: cómo construir una economía ecológica para lograr el desarrollo sostenible y librar a una gran parte del mundo de la pobreza, y cómo mejorar la coordinación internacional para el desarrollo sostenible. La Cumbre Río+20 dio lugar a un Informe, El futuro que queremos, que define las vías hacia un futuro sostenible, un futuro con más empleos, más energía limpia, una mayor seguridad y un nivel de vida digno para todos. Durante el presente 2016, más de 160 países se unieron en el Acuerdo Climático de París, en busca de reducir las emisiones de los gases por efecto invernadero. Este acuerdo sostiene la necesidad de mantener las resoluciones de finales del 2015 en esa ciudad.

Puede apreciarse cómo, al transcurrir los años, se ha ido tomando conciencia de la necesidad de proteger el medio que habitamos y no permitirnos continuar destruyendo nuestra gran casa, nos queda poco tiempo, debemos resarcir el daño

que hemos producido, demos a nuestra flora y fauna la oportunidad de recuperarse y de existir, demos la oportunidad a nuestras generaciones de reconstruir nuestro medio, demos a las futuras generaciones un planeta azul, limpio y descontaminado donde puedan vivir.

Es hora que los gobiernos ganen conciencia de la necesidad de crear instrumentos jurídicos de manera global y dentro del contexto del derecho internacional para la sanción de aquellas personas, tanto naturales como jurídicas, que cometan acciones que dañen o, de manera permanente, degraden el medio ambiente y a su vez sea regido por un Tribunal Internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Debemos y resulta una obligación, resarcir los daños causados a la naturaleza; no podemos continuar contemplando cómo especies animales se han extinguido y otras están en el punto de la extinción; el aumento de la desertificacion de los suelos y, con ello, la muerte por desnutrición y no alimentación de muchos seres humanos en los países pobres; no podemos contemplar la perdida de los casquetes polares y aumento de los niveles de los océanos que amenaza a la desaparición de islas y tramos de costas de muchos países. No podemos, en fin, permitir que la raza humana desaparezca por nuestra irresponsabilidad y por no acabar de comprender de esa gran necesidad que tenemos de convivir en armonía con el medio ambiente.

Hemos visto de manera somera, la proyección y los acuerdos tomados en distintas cumbres, conferencias y reuniones realizadas durante más de 50 años, en las cuales se han planteado los problemas que afectan el medio ambiente, acciones manifiestas como algo **dañino** para el hombre y su medio. Al analizar desde el punto de vista jurídico la palabra dañino, según el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales de Manuel Osorio se define ¨Dañino: Que causa **daño**, mal o perjuicio. se dice del animal que provoca estragos en otras especies, en los cultivos o en los edificios¨. ¨Daño: Según la Academia, que remite la definición del substantivo al verbo respectivo, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. | Maltrato de una cosa. Si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La adquiere cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. El causante del daño incurre en

responsabilidad, que puede ser civil, si se ha ocasionado por mero accidente, sin culpa punible ni dolo, o penal, si ha mediado imprudencia o negligencia (culpa), o si ha estado en la intención del agente producirlo. La responsabilidad civil por los daños puede surgir aun cuando el responsable no haya tenido ninguna intervención directa ni indirecta, como sucede en los casos de responsabilidad objetiva y en aquellos otros en que se responde por los hechos de terceras personas o de animales¨.

Ese daño que le estamos ocasionando al medio ambiente del cual se es consciente y lo podemos definir como Delito Ambiental según el Glosario de Expresiones Ambientales y Jurídicas que es ¨la acción,que en oposición a la legislación, provoque daños a los suelos, la atmósfera, aguas terrestres o marítimas, que ponga en peligro la vida de las personas y otros seres vivos y perjudique las condiciones de vida óptimas de un ecosistema¨ siendo ademas un Delito Intencional, pues se conoce que las acciones realizadas en las grandes industrias, en la quema de los combustibles fósiles, el uso indiscriminado de fertilizantes químicos, el vertimiento de sustancias toxicas y aguas contaminadas de los procesos industriales a ríos y mares, y demás acciones que se realizan provocando el calentamiento global y los cambios climáticos pueden convertirse en daños irreparables además de ser daños internacionales que afectan la vida en general de todos los seres vivos del planeta. Teniendo en cuenta el concepto de Delito Internacional dado en el libro de Expresiones y Términos Jurídicos que se define que ¨es el que se comete cuando el agente comisor realiza concientemente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha querido ese resultado, o cuando, sin haberlo querido, se ha representado sus efectos como posibles y ha asumido el riesgo¨.

CONCLUCIONES.

Por lo anterior reiteramos la necesidad de la creación de un Tribunal Internacional para, con su trabajo jurisdiccional procese y determine la responsabilidad de los autores de esos daños y la forma de resarcirlos.

Es apremiante incrementar el desarrollo sostenible, sin embargo el desarrollo tiene que comprender; el crecimiento económico posible, la distribución con equidad de las

riquezas y la elevación de la calidad de vida de todos los integrantes de la sociedad, ademas de preservar la vida dentro de la flora y la fauna.

Tener presente que para la naturaleza, el medio ambiente, el hombre no le es imprescindible; para el hombre si le es imprescindible la naturaleza, ella fue la creadora de la vida sobre el planeta. Solo la Naturaleza hace grandes obras sin esperar recompensa alguna.

Es nuestro deber cuidarla y protegerla. Estamos a tiempo.

Bibliografia:

Autores Varios: Derecho y Medio Ambiente, Editorial Pablo de la Torriente Brau, La Habana.

Castro Ruz, Fidel: Desaparezca el hambre, no el hombre, tabloide especial no.1 (12 de junio 1992, Conferencia de Río de Janeiro), 2010.

Clark Arxer, Ismael: ¨Agricultura , ciencia y alimentos¨, en revista Energía y Tu, 2008.

Childe, Gordon V.: Los orígenes de la civilización, Edición Revolucionaria, La Habana, 1966.

Engels, Federico: Anti Duhring, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1973.

Fernández-Rubio Legrá, Ángel: ¨El Derecho Ambiental en Estados Unidos¨, revista Energía y Tu, 2008.

Fernández-Rubio Legrá, Ángel: Glosario de expresiones ambientales y jurídicas, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011

Ilich Ulianof, Vladimir (Lenin): Materialismo y empiriocriticismo, Editora Política, La Habana, 1976.

Morales Ayma, Evo: ¨Salvemos el Planeta del Capitalismo¨, en revista Energía y Tu, 2009.

Rey Santos, Orlando: Fundamentos del Derecho Ambiental, Ediciones ONBC, 2012.

Perez Echemendia, Mario Luis, Arzola Fernández, Jose Luis: Expresiones y Términos Jurídicos, Editorial Oriente, 2009.

Ya suman tres los años de experiencia e igual número de Ediciones de esta Magna cita de los juristas artemiseños que nos une en el empeño de contribuir a la continua superación de nuestros miembros y a través de las investigaciones presentadas, proponer soluciones a problemáticas actuales que se muestran en nuestro trabajo cotidiano.

En esta ocasión el Evento homenajeó la figura del DR. JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ y estuvo dedicado al **90 Cumpleaños del Líder Histórico de la Revolución cubana Fidel Castro Ruz y el 40 Aniversario de la Constitución cubana de 1976**.

ISBN 978-959-16-3022-3

Yuliesky Amador Echevarria
(Compilador)