MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

# Revista Jurídica
# De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Amed Ramírez Sánchez
Ana María Bargiela
Elena Polo Maceira
Gustavo Manuel Céspedes Socarrás
Irissol Leyva Crespo
Joao Domingos Víctor
Joao Merchán
José Martí Velázquez
Karina Mero
Olivia Virgen Figueredo Paneque
Santa Nurkis Díaz Rodríguez
Suleimane Só
Yolanda Soler Pellicer
Yomisel Galindo Rodríguez

2016
ISSN n.° : 1809-8487
vol. 15

## Edição Especial
## Doutrina Internacional

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**
**DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8179

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 15 2016. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2015.

Semestral.
ISSN: 1809-8487
Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
MANN BITTET UM AUSTAUSCH
SI RIQUIERE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

**Linha Teórica:**
A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

**Theoretical Profile:**
The Journal De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinar, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

**REVISTA DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

**JOURNAL DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

**FOCO**

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

**FOCUS**

De Jure focuses on the publication of technical and scientifical works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

**MISSÃO**

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

**MISSION**

The mission of De Jure is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

**OBJETIVOS**

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

**OBJECTIVES OF THE JOURNAL**

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due ot the identification of environmental trends and transformation.

**PÚBLICO ALVO**

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

**TARGET AUDIENCE**

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

**COPYRIGHT**

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista De Jure, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

**COPYRIGHT**

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of Journal De Jure, for non-profit scientific and cultural purposes.

**INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO**

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información em Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista De Jure recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

**INDEXATION AND DISTRIBUTION**

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). De Jure was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. De Jure is distributed by means of exchange or donation only.

# DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**
Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

**DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**
Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

**COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**
Promotor de Justiça Marcelo de Oliveira Milagres

**ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)**
Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

**SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**
Tereza Cristina Santos Barreiro

**DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL**
João Paulo de Carvalho Gavidia

**EDITOR RESPONSÁVEL**
Promotor de Justiça Marcelo de Oliveira Milagres

**CONSELHO EDITORIAL**
Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Procurador de Justiça Rogério Greco, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autônoma de México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016

Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Profa. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

**EDITORAÇÃO**
Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

**CAPA**
João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

**PROJETO GRÁFICO**
João Paulo de Carvalho Gavidia

**DIAGRAMAÇÃO**
João Paulo de Carvalho Gavidia
Lúcio Guimarães Silva (estagiário supervisionado)

**TRADUÇÃO**
Alessandra de Souza Santos

# DE JURE - JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

**ATTORNEY-GENERAL**
Carlos André Mariani Bittencourt – Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

**DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**
Minas Gerais State Prosecutor Jarbas Soares Júnior

**PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**
Minas Gerais State Prosecutor Marcelo de Oliveira Milagres

**SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)**
Minas Gerais State Prosecutor Danielle de Guimarães Germano Arlé

**SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**
Tereza Cristina Santos Barreiro

**DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION**
João Paulo de Carvalho Gavidia

**CHIEF EDITOR**
Minas Gerais State Prosecutor Marcelo de Oliveira Milagres

**EDITORIAL BOARD**
Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA
(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Rogério Greco, PhD
(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)
Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autônoma de Mexico, Mexico)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)
Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consummer Law, Portugal)
Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)
Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)
Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)
Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

**EDITING**
Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

**COVER**
João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

**GRAPHIC PROJECT**
João Paulo de Carvalho Gavidia

**LAYOUT**
João Paulo de Carvalho Gavidia
Lúcio Guimarães Silva (intern)

**TRANSLATION**
Alessandra de Souza Santos

# APRESENTAÇÃO

**APRESENTAÇÃO**

Caros amigos:

Com satisfação, apresentamos esta Edição Especial Doutrina Internacional da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Revista De Jure.

Tendo em vista o alcance internacional da revista, constantemente o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) recebe inúmeros artigos de autores estrangeiros, especialmente de universidades da América Latina, interessados em ter seus trabalhos publicados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Como os leitores já sabem, a Revista De Jure é publicada semestralmente e, a cada uma de suas edições, a revista publica apenas um artigo de Doutrina Internacional. De modo a aproveitar os excelentes artigos recebidos, e para evitar que percam a sua atualidade, os membros do Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento, na sua última assembleia ordinária, decidiram pela publicação desta edição especial internacional, em meio digital. De outra maneira, caso fôssemos adotar o padrão de se publicar apenas dois por ano, inevitavelmente esses artigos ficariam desatualizados.

Portanto, o Ministério Público de Minas Gerais, fiel ao seu compromisso com a publicação de questões jurídicas da atualidade, de variadas áreas do Direito, aborda nesta edição especial outras áreas afins, como, por exemplo, a infotecnologia, a responsabilidade administrativa relacionada ao combate à dengue e o desenvolvimento ambiental sustentável, entre outros assuntos.

Ao concluir, quero salientar que o êxito desta prestigiada revista se deve, indubitavelmente, à colaboração de todos aqueles que nos remetem seus textos para serem publicados. Sendo assim, reafirmo o convite do Ministério Público de Minas Gerais a todos os autores interessados em enviar seus artigos doutrinários, lembrando que o cadastro dos trabalhos e a sua submissão à avaliação do Conselho Editorial são realizados exclusivamente pelo *site* da revista: <www.mpmg.mp.br/dejure>.

Boa leitura!

JARBAS SOARES JÚNIOR
Procurador de Justiça
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

# COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

**ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ**
Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad de Oriente, Cuba. Profesor de Derecho de Propiedad Industrial y Derecho Internacional Privado. Vicepresidente del Capítulo Provincial de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión de Juristas de Cuba en Granma.

**AMED RAMÍREZ SÁNCHEZ**
Profesor Asistente. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba.

**ANA MARÍA BARGIELA**
Abogada, Escribana, Mediadora, Arbitro de los Tribunales Arbitrales de Consumo y Mediadora, Conciliadora y Arbitro del Servicio de Conciliación, Mediación y Arbitraje de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Formación en coaching. Especialización en Docencia Universitaria en Ciencias Sociales y Empresariales.- Formadora de Formadores en Mediación.- Docente Titular de Mediación en la Maestría en Resolución de Conflictos de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.- Docente en Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la UAI, Universidad Abierta Interamericana. Presidente de la Comisión de Mediación y Conciliación del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos y Directora de la Escuela de Resolución de Conflictos de ese Colegio.- Docente en Mediación en el Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Cursos de posgrado en Negociación y Mediación realizados en UBAy otras Universidades de Argentina y en Universidades de San Francisco, California y Harvard, Massachusetts, EE.UU.- Autora de trabajos y ponencias en Mediación y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Co-autora del libro "Mediación en Argentina. Compendio y Análisis de Legislación Nacional y de las Provincias " Ana María Bargiela - María Inés Burs, Ediciones del País, Buenos Aires , marzo de 2012.

**ELENA POLO MACEIRA**
Profesora Titular. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. República de Cuba.

**GUSTAVO MANUEL CÉSPEDES SOCARRÁS**
Profesor de Derecho de Obligaciones y Derecho de Contratos. Jefe de la Disciplina Derecho Civil y Familia. E-mail: gcespedess@udg.co.cu Profesor Asistente. Especialista en Asesoría Jurídica en la mención Administrativo-Ambiental. Universidad de Granma. Cuba.

**IRISSOL LEYVA CRESPO**
Profesora Asistente. Especialista Jurídica de Transconsul.

**JOAO DOMINGOS VÍCTOR**
Doctorante angolano en Ciencias de la Pedagogía. Centro de Estudios en Ciencias Pedagógicas. Universidad de Oriente. República de Cuba.

**JOAO MERCHÁN**
Profesor Unidad Académica de Ciencias Técnicas. Universidad Estatal del Sur de Manabí. Ecuador.

**JOSÉ MARTÍ VELÁZQUEZ**
Asesor Jurídico.

**KARINA MERO**
Profesor Unidad Académica de Ciencias Técnicas. Universidad Estatal del Sur de Manabí. Ecuador.

**OLIVIA VIRGEN FIGUEREDO PANEQUE**
Profesora Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba. Jueza Profesional Suplente no Permanente del Tribunal Provincial Popular de Granma.

**SANTA NURKIS DÍAZ RODRÍGUEZ**
Asesora Juridica. Delegación Territorial del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. República de Cuba.

**SULEIMANE SÓ**
Magister en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor de la Escuela Normal Superior Bissau. Ministerio de Educación Nacional.

**YOLANDA SOLER PELLICER**
Profesora Titular. Carrera de Ciencias Informáticas. Facultad de Ciencias Técnicas. Universidad de Granma. República de Cuba.

**YOMISEL GALINDO RODRÍGUEZ**
Especialista en Asesoría Jurídica. Profesor de Derecho Ambiental y Derecho Mercantil. Universidad de Granma. Cuba.

# SUMÁRIO

## Doutrina Internacional


16 | 62 Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica.

MSc. Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Dra.C. Elena Polo Maceiras
Dr.C. Roberto de Jesús Rodríguez Coquet

63 | 84 Desdibujo de un camino trillado, hacia una nueva senda del trabajo doméstico.

Dra.C. Elena Polo Maceiras
MsC. Irissol Leyva Crespo
MsC. José Martí Velázquez

85 | 118 El seguro ambiental, desarrollo sostenible, futuro de la política empresarial en la concreción de las empresas ecológicas.

MSc. Alcides Antúnez Sánchez
Lic. Joao Domingos Víctor

119 | 148 Necesidad social de la intervención universitaria en los procesos medioambientales en las comunidades costeras.

Lic. Joao Domingos Victor
Dra.C. Santa Nurkis Díaz Rodríguez
MsC. Alcides Francisco Antúnez Sánchez

149 | 198 La ejecución forzosa de las obligaciones y sus mecanismos efectivos en sede de contratos formales traslativos de dominio: realidades y perspectivas desde el Derecho Cubano.

MSc. Gustavo Manuel Céspedes Socarrás

199 | 221 El abogado del siglo XXI - Creación de una orientación en sistemas de resolución de conflictos.

Dra. Ana María Bargiela

222 | 238 El uso de las infotecnologias para desarrollar el capital humano.

Joao Merchán
Karina Mero
Alcides Antúnez Sánchez

239 | 265 El derecho de autor ante los desafíos del desarrollo en el entorno digital de la empresa cubana en la actualización del modelo económico.

Lic. Olivia Virgen Figueredo Paneque
MsC. Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Dra.C. Yolanda Soler Pellicer

266 | 298 La auditoría ambiental dentro del Derecho Ambiental. Los principios del Derecho Ambiental que la informan, rol de la EFS-Contraloría General en Cuba.

MsC. Alcides Francisco Antúnez Sánchez

299 | 330 La responsabilidad administrativa derivada de la inspección estatal sanitaria en Cuba. Una mirada a su régiman jurídico sancionador desde la lucha contra el dengue.

MSc. Amed Ramírez Sánchez
MsC. Alcides Francisco Antúnez Sánchez

331 | 363 El servicio público en Cuba. Una visión hacia la actividad del empresario mercantil en la actualización del modelo económico.

Yomisel Galindo Rodríguez
Alcides Francisco Antúnez Sánchez

364 | 410 Ojeada histórica de los derechos humanos a partir de sus fundamentos doctrinales. Desafíos y perspectivas.

Suleimane Só

411 | 446 El control ambiental, un servicio público para el desarrollo local como política estatal para el desarrollo sostenible.

MSc. Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Lic. Joao Domingos Víctor

# DISQUISICIONES TEÓRICAS, DOCTRINALES Y EXEGÉTICAS SOBRE LA PRAXIS DE LA AUDITORÍA COMO FUNCIÓN PÚBLICA, DIRIGIDA A LA PROTECCIÓN DEL BIEN PÚBLICO AMBIENTAL PARA LA EMPRESA ECOLÓGICA.

**Alcides Francisco Antúnez Sánchez**
Profesor Auxiliar
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Universidad de Granma. República de Cuba
Email: aantunez@udg.co.cu

**Elena Polo Maceiras**
Profesora Titular
Facultad de Derecho
Universidad de Oriente
República de Cuba
Email: epolo@fd.uo.edu.cu

**Roberto de Jesús Rodríguez Coquet**
Profesor Auxiliar
Facultad de Derecho
Universidad de Oriente
República de Cuba

**SUMARIO**:

1. Íter histórico de la auditoría ambiental.
2. Elementos de la auditoría ambiental.
3. Conclusiones.
4. Bibliografía.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 16-62

## 1. Íter histórico de la auditoría ambiental.

La preocupación por la protección del medio ambiente ha alcanzado importancia y magnitud en los últimos años al convertirse en temática de interés para el empresariado, abarca tres dimensiones: la económica, la social y la ambiental.[1] El desarrollo industrial, bien equilibrado es esencial para la generación de recursos que permitan crear empleos y promover la educación ambiental, bases del bienestar social y la calidad de vida, como condiciones elementales para alcanzar el desarrollo sostenible.[2] Como fenómeno progresivo ha contribuido al desarrollo en diferentes países, a través de una construcción legislativa que se inicia desde el Derecho Administrativo hacia el Derecho Ambiental, dando lugar a lo que hoy se reconoce como Derecho Administrativo Ambiental; dentro de toda esta doctrina se aprecia la regulación de la institución jurídica de la auditoría ambiental como una de las herramientas de gestión ambiental.[3]

---

[1] Antoni, PIGRAU SOLÉ. *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones Públicas*. La responsabilidad de la Administración y el ciudadano en la protección ambiental. Editora Atelier. 2010. pp.17-251 Alexander, MEJÍA HENRY. *La responsabilidad por daños al ambiente*. Señala los accidentes industriales ocurridos en la planta química de Seveso en 1976, el accidente nuclear de Chernóbil en 1986, el accidente petrolero Exxon Valdez en Alaska en 1989, el accidente del Parque Natural "Doña Ana" de 1998, el desastre mundial con el naufragio del Buque Prestige con vertidos de petróleo en España en el 2003. La contaminación en la Amazonía Ecuatoriana por la Trasnacional Chevron Texaco en 2013, como malos ejemplos de la protección ambiental por las industrias al no realizarse un adecuado control ambiental interno y no aplicar la Auditoría Ambiental. El Salvador. 2010.pp.1-35

[2] Ángel, BERNAL PEDRAZA. *Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible*. Colombia.2009.p.23

[3] Blanca, LOZANO CUTANDA. *Manual de Derecho Administrativo Ambiental*. 3era ed. Editora Dykinson. España. 2003. pp.2934. Coincide en los antecedentes del Ius Ambientus, reconocido en el Ius Comune: normas interdíctales como el interdicto de CloacisDigesto 43.23.3, permitían al demandante limpiar y hacer reparaciones por daños en el patrimonio producidos en ocasión de daños al entorno…, …así mismo se previa la represión criminal por daños ocasionados al entorno y se castigaba el que ofendiere las buenas costumbres, el que echara estiércol a alguien o le manchara con lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio público. Digesto 47.1.1)… Con posterioridad en la Edad Medieval, por medio de la Partida III, Título XXVIII, la Ley III, determinó como res nullíus, cosa sin dueño a los animales salvajes. En la edad moderna, se han dictado normas protectoras de los recursos naturales, en especial del recurso maderero. La preocupación ante la magnitud de los problemas relacionados con la salubridad ambiental, los agentes contaminadores industriales, dieron lugar a que se crearan normativas en materia de control ambiental, dictan límites a actividades insalubres de su tutela en Salud Pública.

En este sentido, se valora como desde el sector industrial las actividades generadoras de daños ambientales incompatibles con el desarrollo sostenible, permiten desarrollar políticas ambientales al implementarse los sistemas de gestión ambiental y el uso de tecnologías limpias para reducir la contaminación generada incompatible con estas políticas.[4]

El hombre, con el empleo de las tecnologías ha logrado industrializarse, hacerlo le ha sido posible la población en la Tierra llegue en la actualidad a millones de pobladores que la habitan. Esta industrialización ha traído contaminación ambiental y problemas ambientales, sin embargo sí se decidiera desindustrializarse para mejorar el medio ambiente deberían eliminarse miles de millones de personas, algo no lógico ni razonable el hablar de industrialización versus calidad de vida. Estos análisis, deberán evaluar el efecto de la contaminación en el hombre y en los sistemas ecológicos e implementarse los sistemas de control ambiental; también deberá distinguirse la contaminación natural y la contaminación industrial desde el comienzo de la humanidad; acelerada a partir de la Revolución Industrial, como generadora de los graves problemas ecológicos (crisis ecológica) y la no adecuada prudencia ecológica que existe en la mayoría de las regiones del planeta.[5]

Desde este punto de vista, estudios y análisis desde la doctrina contable y la doctrina ius ambientalista realizados en los países del área Iberoamericana, reconocen a la auditoría ambiental como la herramienta de gestión capaz de evaluar y sentar las bases a las políticas medio ambientales en las empresas de manera adecuada, permiten a la vez, ejecutar análisis de los riesgos ambientales generados en el desempeño de una actividad y evaluar su impacto con el complemento de otras herramientas como la evaluación de impacto am-

[4] Dionisio, FERNÁNDEZ DE GATTA. *Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental*. La Auditoría Ambiental. En Boletín Económico ICE. No. 2824. España.2004.pp.27-43.

[5] Son reconocidas a nivel mundial tres Revoluciones Industriales, la primera en la industria metalúrgica y textil, la segunda con el motor de explosión, los explosivos químicos, el desarrollo de la industria del automóvil, la industria siderúrgica y la producción de aparatos eléctricos; la tercera con la biotecnología, la microelectrónica y la informática, desde el 1800 hasta el 2007. Ricardo, MENDEZ GUTIERREZ DEL VALLE. Ministerio de Fomento. España. 2009.

biental,[6] es practicada de forma voluntaria u obligatoria en el ordenamiento jurídico que la regule;[7] su ejecución fusiona el objetivo prioritario de la empresa, la obtención de beneficios económicos unidos al de la protección ambiental para contribuir al desarrollo económico compatible con la conservación ambiental, al permitir el equilibrio de ambos.[8]

Al analizar la obra de Paccioli publicada en el 1494, sobre el método conocido de la "partida doble", se evidencia que desde el año 254 a.n.e. se inspeccionaban y comprobaban las cuentas, factor que permitió la evolución paralela de la actividad de la Auditoría como resultado de la práctica de la Contabilidad como ciencia y herramienta de trabajo por los especialistas dedicados a la contabilidad con el desarrollo industrial.[9] Otros datos y documentos confirman que en los finales del siglo XIII y principios del XIV se auditaban las operaciones de los funcionarios públicos que tenían a su cargo los fondos del Estado. Para 1799 ya existían firmas acreditadas de Contadores Públicos en países como Escocia, Estados Unidos de América e Inglaterra, fueron los primeros en los cuales tomó relevancia la actividad de la Contaduría Pública ligada a la práctica de la Auditoría Estatal.[10] Otros estudios realizados desde estas ciencias contables, expresan que la práctica de la auditoría nació en Gran Bretaña durante la primera mitad del siglo XIX, se extendió a otros países de la cultura empresarial anglosajona, como forma de hacer

---

[6] Hugo, ARISTAZABAL OSSA. *Auditorías Ambientales*. *Evaluación Ambiental Estratégica*. Génesis de la evaluación de impacto ambiental y la Auditoría ambiental. Contraloría de Colombia. 2010. pp.29-66.

[7] José, GOMES CANOTILHO. Política pública ambiental de la Unión Europea, el empresario y la Auditoría para reducir la contaminación. Editora Universidad Aberta.Portugal.1998.pp.78-105

[8] *Plataforma para una industria ecológica a nivel mundial. Políticas y prácticas*. La eficiencia en el uso de recursos naturales, la energética, energía renovable, facilidades financieras de la industria ecológica, transferencia de tecnologías, fomento de las industrias y trabajo ecológico. PNUMA--ONU. 2012.pp.17-45

[9] José, TUAPEREDA. *Evolución y situación actual del pensamiento contable*. La inserción de la contabilidad ambiental en la empresa. En Revista Legis de Contabilidad & Auditoría No. 24. Colombia. 2008. pp.4-19 Coincide Luis, FRONTI DE GARCÍA. *Contabilidad Ambiental, segmento contable para el Siglo XXI.* Editora Cooperativas.Argentina.2007.p.229

[10] Luis, GOMEZ GARCIA. *Auditoría Ambiental, voluntaria u obligatoria*. Importancia de implementar la Auditoría Ambiental en la industria. En Revista de Orden Público, Estado y Derecho. No. 11. México 2011.pp.27-29

fiable la información contable, la transparencia en el mercado de valores ante el desarrollo económico y la expansión de las relaciones económicas al exigirse información precisa y real de sus estados de cuentas de forma tal que diera confianza y fuera competitiva, vinculada a la actividad del Comercio interno y foráneo.[11]

En el siglo XX, fueron incluidas normativas jurídicas como voluntad de la Administración Pública, factor que permitió se fortaleciera el trinomio Contabilidad, Auditoría y Derecho, al cobrar nuevas dimensiones como normativa administrativa para proteger los activos contra las posibles transgresiones, tipificado con la protección del bien jurídico ambiental y otras infracciones, ubicados bajo el término genérico de los delitos ambientales con reflejo en la contabilidad directa o indirecta. Consideramos que esta institución jurídica vinculada con la protección del bien jurídico ambiental, reconocida como la herramienta de gestión regulada en normas jurídicas vinculadas al Derecho Ambiental, regulada en normativas jurídicas especiales para su uniformidad, tiene un nexo causal: la exigencia de la responsabilidad ambiental y la cuantificación de los daños ambientales generados, la implementación de la responsabilidad social empresarial vinculada a la economía y a la contabilidad ambiental. Ha permitido que haya evolucionado con el transcurso del tiempo en relación con el país que la aplique y su desarrollo tecnológico industrial que posea. Su conexión, se aprecia al estar relacionada a los orígenes del ius ambientalismo, como parte de la Agenda Pública Internacional; los textos consultados de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, señalan al año 1969 como su inicio, con posterioridad las cumbres ambientalistas han debatido los problemas ambientales del planeta Tierra y las medidas para su mitigación, le han aportado en el desarrollo de esta institución jurídica como parte de las herramientas de gestión reconocidas por esta doctrina.[12]

Los textos en materia jurídica examinados revelaron que este tipo de auditoría se originó en los Estados Unidos de América a finales de los años 70 del siglo XX, apareció para evaluar la salud de la empresa con la finalidad de servir como herramienta de dirección

[11] CODIGOS DE COMERCIO de Iberoamérica. Donde se fija la contabilidad mercantil, como requisito obligatorio para su actuar por los empresarios.

[12] *Cumbre Mundial del medio ambiente*. La problemática ambiental mundial. hppt//www.pnuma.onu.org PNUMA-ONU. Brasil.1995.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 16-62

para la gestión ambiental, ante el aumento y la complejidad de la normativa jurídica Estadual y Federal.[13] En la década de los años 80 del pasado siglo, se extendió a la Unión Europea como consecuencia de los intereses de las subsidiarias estadounidenses radicadas en este continente. En los países bajos, señalan al año 1984 y a Holanda como el primer país en incorporarse a la práctica de este tipo de control. Sus exigencias legales han estado marcadas dentro de sus derechos internos.[14] Como resultado del compromiso respaldado por la Comisión Brundtland en 1987, fue formulada la propuesta de "*un desarrollo sustentable que satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas*".

Su íter histórico, se enmarca a partir de ser reconocida por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el año 1995 del siglo pasado como una herramienta de gestión ambiental, aunque otros estudios contables se considere su génesis vinculada a la Contabilidad y a la Auditoría Social, relacionada a la Responsabilidad Social Empresarial. En esta propia década, se valora la adición de nuevos elementos tecnológicos vinculados al Comercio Internacional, la hacen mucho más compleja, completa y dinámica por parte de los sujetos económicos que la implementan; toda vez que las técnicas, métodos y objetivos de la Auditoría como actividad de control han ido de forma simétrica en evolución para poder atender y dar respuestas a las nuevas exigencias de los clientes a partir del siglo XX hasta la actualidad en el mercado de bienes y servicios, donde esta empresa ecológica aparece como una solución viable.

De igual forma, la práctica de la auditoría, reconocida como una actividad de control y como una herramienta técnica de gestión, de amplia aplicación por parte de las Entidades Fiscalizadoras Supriores, al reconocerse ambas denominaciones para su ejecución por

---

[13] Harrison, LEE. *Manual de Auditoría Medioambiental. Higiene y Seguridad*. Política Nacional Ambiental desde 1969, cuerpo legislativo sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en Leyes Federales y Estaduales. 2da ed. Editora Mc Graw-Hill. Estados Unidos de América.1998. pp.7-29. Enrique, HERRERIAS ARISTI. *Relación de la Auditoría Ambiental y las normas ISO 14000*. La protección y seguridad del medio ambiente laboral. Editora Porrúa. México.2009.pp.1-9

[14] Pedro, MURAD ROBLES. *La Auditoría Ambiental voluntaria, concepto, antecedentes, fundamentación jurídica y evaluación*. Se formaliza y ejecuta a través de la solicitud del empresario. Editora Porrúa. México.2009.pp.263-303 Pedro, NAVARRETE LIGARTE. *La empresa y la certificación ambiental*. En Revista Ambiente Hoy. Vol. XIII. No. 4. Colombia 2007. pp.20-29

los auditores, su evolución se materializa en correspondencia a las áreas geográficas donde se aplica, relacionada al nivel de desarrollo tecnológico de la industria. Se ha visto promovida por diferentes agentes, desde los gobiernos hasta las organizaciones internacionales relacionadas con este tipo de control ambiental de manera directa o indirecta, a partir de la publicación de las normas ISO 14000 y 19011.[15]

De igual manera, al analizarse los conceptos de los Organismos Internacionales que intervienen en las regulaciones en materia contable como la Asociación Americana de Contabilidad, la define como: "*proceso sistemático para obtener y evaluar de manera objetiva las evidencias relacionadas con informes sobre actividades económicas y otros hechos relacionados. Su finalidad consiste en determinar el grado de correspondencia del contenido informativo con las evidencias que le dieron origen, para determinar sí en dichos informes se han elaborado observando los principios establecidos para el caso*".

La Cámara Internacional de Comercio, rectora de la actividad comercial por su vínculo con esta actividad de control, la reconoce como: "*herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medio ambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa medio ambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y procederes ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa*"[16].

---

[15] *Normas ISO 14001:1998* Sistemas de Gestión Ambiental. Especificación y Directrices para su uso. Organización Mundial no gubernamental que elabora y aplica los patrones internacionales de calidad; certifican las empresas de los sectores comercial, industrial y tecnológico. Se reconoce además como la herramienta técnica de gestión ambiental. hptt//www.iso.org p.17

[16] La empresa deja de ser considerada como la expresión concreta del capitalismo y aparece cada vez más como una unidad estratégica en un mercado internacional competitivo y un agente de utilización de tecnologías nuevas. Ismael, BELMONTE MARTIN. *La Ecoauditoría*: *un instrumento para la defensa del ambiente*. Instrumento de gestión ambiental para proteger el medio ambiente dentro y fuera de la empresa. En Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche.

Bajo todas estas perspectivas, su expresión moderna, aparejada a su íter histórico y evolución, se considera que es la herramienta evaluadora del Sistema de Gestión Ambiental, como el mecanismo clave para obtener información sobre la efectividad de la gestión ambiental de la empresa y de sus directivos, al identificar los problemas asociados a su trabajo en materia de seguridad y ambiente laboral, los nuevos desafíos ambientales por venir, propone medidas de prevención y mitigación, complementadas con la revisión contable ambiental para conformar la empresa ecológica.

Es valorado que esta acción de control, vinculada con las problemáticas ambientales del siglo XXI, no podrá ser analizadas ni entenderse sí no se tienen en cuenta la perspectiva global, surgida como consecuencia de múltiples factores como efectos de la crisis ecológica: aumento de las temperaturas, agujero en la capa de ozono, desertificación, acumulación de residuos radiactivos, extensión de enfermedades como el cáncer, malaria, insalubridad del agua dulce, inseguridad alimentaria, contaminación urbana y agotamiento de los recursos renovables y no renovables vinculados de forma directa o indirecta con la institución jurídica analizada, en relación con los mega problemas ambientales que hoy acontecen.[17]

Las Entidades Fiscalizadoras Superiores, como sujeto internacional que regula esta actividad de control ambiental, establece las pautas, la identifica como: la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; la gerencia y los equipos ambientales para proteger el medio ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y la evaluación. Para cumplir las políticas ambientales de la empresa y las normativas legales, a partir de la institucionalización de la tutela ambiental.[18]

---

No. 4. España.2009.pp.57-78 _

[17] *Vid*: Norma ISO 14001:1998, *Sistemas de Gestión Ambiental. Especificación y directrices para su uso.* hptt//:www.iso.org Ángel, ARNER GUERRE. *Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental*. La necesidad de implementar el SGA para mitigar la contaminación. Regulada en el Libro Blanco y Libro Verde complementado en las Normas EMAS. Unión Europea. Editora Lex S.A. España.2013.pp.123-342

[18] Alcides, ANTUNEZ SANCHEZ. *La Auditoría Ecológica, un instrumento en la gestión ambiental*. Se señala la importancia que reviste esta herramienta de gestión para introducir nuevas concepciones como empresa limpia no contaminadora. En Revista de Derecho y Medio Ambiente. España.No.21. 2010. p.18

Caferrata, la ha considerado como la descripción de los procesos y actividades desarrolladas; la verificación del encuadre legal ambiental de los residuos sólidos y semisólidos, efluentes líquidos, emisiones gaseosas etc., generadas por la empresa. Deberá incluir: líneas de producción, caracterización y tratamiento de los residuos sólidos y semisólidos, caracterización y tratamiento de las emisiones gaseosas, caracterización y tratamiento de los efluentes líquidos, condiciones y medio ambiente de trabajo. Conclusiones respecto del encuadre legal y el cumplimiento de la normativa ambiental específica para cada caso, por parte del establecimiento.[19]

La Norma ISO 14001 y 19011 coinciden en definirla como: "el proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría."[20]

En este ámbito, todos estos criterios doctrinales, conceptos administrativos y regulaciones jurídicas consultadas, caracterizan a este tipo de auditoría por ser: "generalizada al abarcar los SGA, de revisión ambiental, puntual, de conformidad, de siniestros, de riesgos, de adquisición, de seguridad e higiene, de cumplimiento de la legalidad y de recursos. Tiene en cuenta el escenario auditado donde se practicará, se clasifica: de entorno interior y de entorno exterior".

Autores consultados desde las áreas académicas y prácticas sobre esta tipología de auditoría en Cuba la señalan como: la actividad de control ambiental reporta beneficios a los empresarios que aplican los Sistemas de Gestión Ambiental para conocer la contaminación generada en su empresa, para encontrar las fallas de sus sistemas productivos, la inobservancia de la legislación ambiental y tomar las medidas correctivas necesarias, complementada con la aplicación de la contabilidad ambiental para disminuir la huella ambiental, aplicables con esta auditoría. Su regulación en el ordenamiento jurídico interno cubano se regula a partir de la Ley de la Contraloría

[19] Néstor Alfredo, CAFERRATA. *Pequeño Diccionario Jurídico Ambiental*. Auditoría Ambiental. Editora Abeledo Perrot. Argentina. 2012. p.47. Silvia, JAQUENOD DE ZSOGON. *Vocabulario Ambiental*. Editora Dykinson. España. 2007. p.39

[20] *Normas ISO 14001*. Procedimiento de la Auditoría Ambiental. SGMA: Especificaciones y guías de uso. *ISO 19011*. Fundamentos de la Auditoría Ambiental. hptt/www.iso.org Norma ISO 19011. Norma en la organización empresarial, se cumple de forma obligatoria por los actores involucrados. http://www.iso.org

y su Reglamento.[21]

Es adecuado reconocerse también, otras denominaciones análogas que desde la doctrina toman posiciones algunos autores, como son: la ecoauditoría, la revisión medio ambiental, el control medio ambiental, la evaluación medio ambiental y la vigilancia medio ambiental; poseen un mismo significado y fin, conocer los niveles de contaminación de una empresa y certificar sí posee una producción limpia en correspondencia al país que le utilice al implementar estas tecnologías. [22]

Los autores de este articulo consideran definirla como: la herramienta de gestión ambiental, evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la actividad industrial o de servicios desde diferentes ópticas: económica y contable, calidad, seguridad laboral, medio ambiente laboral, entre los indicadores medibles por el equipo auditor como pautas del programa de auditoría a aplicarse. Su objetivo: evaluar el impacto ambiental de la gestión empresarial generado sobre el medio ambiente y proponer las acciones correctivas para mitigar los efectos negativos identificados al realizarse esta actividad de control, concluye con la entrega de la certificación ambiental de industria limpia.[23] Permitirá al empresario tener una imagen pública positiva, los beneficios agregados del ecoetiquetado a los productos, aplicar los códigos de conducta ambiental para la

[21] Algunos autores dejan entrever que esta actividad de control se vincula a la construcción de la empresa ecológica, con concepciones desde las ciencias contables, dan paso a la doctrina ius ambientalista, ligada a las herramientas de gestión como nexo en este tránsito. Ivvone, AGUILERA MESA. *Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental*. pp.45-51 Ángel, PELEGRIN MESA *Reflexiones sobre el grado de avance de la contabilidad medio ambiental en Cuba*. Cuba. p.7. Ángel, PEREZ BELLO. *La contabilidad de gestión y el medio ambiente.* Cuba. 1999. pp.1-18

[22] Coinciden en el uso del concepto de Ecoauditoría como instrumento de gestión ambiental, autores como Ismael, BELMONTE MARTIN. *La Ecoauditoría: instrumento para la defensa del medio ambiente.* En Revista Electrónica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche. 2010. p.13 Nidia, LLOBET PARDO. *Creación de una Ecoauditoría en España: viabilidad e implantación por parte de una empresa norteamericana*. Editora Trivium. España. 2010. p.11. Eduardo, NOGUEIRA LOPEZ. *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*. Accionar de la Administración en el control ambiental. En Revista Indret. España. 2000.p.7

[23] Gustavo, VIÑA VIZCAINO. *Bases conceptuales de la auditoría ambiental como un instrumento en la prevención de la contaminación*. La introducción de la contabilidad ambiental en la empresa. En Revista de Contabilidad. Colombia. 2003. pp.47-67 Gabriel, REAL FERRER. *Integración económica y medioambiente*. Editora Mc Graw Hill.España.2008.p.86.

producción mercantil y de servicios a través de las buenas prácticas ambientales como empresa social responsable.[24]

Como la herramienta de gestión empresarial[25], en los países muestreados de la Unión Europea, Latinoamérica y el Caribe en relación a sus ordenamientos jurídicos, idioma, cultura y realidad económico-social, es capaz de evaluar y sentar las bases de una política medio ambiental dirigida a estos empresarios estatales, no estatales y otras formas de gestión reconocidas, tiene como finalidad, ejecutar análisis de los riesgos ambientales que pudieran generarse en el desempeño de su actividad y evaluar los impactos generados. Entre otras características analizadas por estos autores, precisan que este tipo de auditoría es de obligada obediencia en la legislación que la tipifique al implementarse las normas ISO 14 000 y 19 011 o voluntaria, esta última la más solicitada al ser mayoritario el sector privado en otros entornos geográficos. Su ejecución conjugará el objetivo prioritario de la empresa: obtener beneficios económicos unidos a la protección ambiental para tributar al desarrollo económico compatible con la conservación ambiental para el equilibrio de ambos (EFS, OMC-Cámara Internacional de Comercio, Asociación Americana de Contabilidad, OMS, PNUMA, UNASUR, CELAC, MERCOSUR).[26]

Se valora, el vínculo e importancia con los conceptos de Economía y la Contabilidad Ambiental establecidos por el PNUMA[27], necesarios

---

[24] Sobre esta posición hay coincidencia sobre la Certificación Ambiental, consultar las obras de Ramón, MARTIN MATEO. *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*. Editora Trivium.España.1994.pp.19-57. Carmen, SERRANO GÓMEZ. *El etiquetado ecológico*. España.1995. pp.4-37. Blanca, LOZANO CUTANDA. *La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea*. En Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental No.7. España.2001.p.5

[25] *Instrumento de gestión ambiental,* utilizado en las empresas para el conocimiento de su situación y de los efectos que tiene la actividad que desarrolla sobre el medio ambiente; sí cumple con las normas regulatorias y leyes, evalúa la efectividad del SGA; evita sanciones penales y aumenta la rentabilidad económico-financiera.

[26] Georgina, INZUNZA. *Hacia la empresa ecológica. Afrontamos el próximo gran reto del siglo XXI.* Toma la posición de conformar la industria ecológica como meta del desarrollo sostenible. México. 2009. pp.17-46. *Los empresarios ante la regulación ambiental: ¿Hacia una cultura de la sostenibilidad?* México. 2000. pp.11-27

[27] Pedro, LINARES LLAMAS. *Economía y Medio Ambiente: herramientas de valoración indus*trial. Se valora por los ecologistas puros que el medio ambiente no humano, ecosistemas y bienes naturales no deberán ser valorados, toda vez que se le incorporarían juicios de valor humano, no los propios del medio ambiente. Editora Mc Graw-Hill. España. 2010. pp.1-29

para ejecutar esta tipología de auditoría por parte de los auditores de las Contralorías y las Sociedades Mercantiles acreditados, con normativas especiales en los ordenamientos jurídicos en relación a la regulación de su tutela a través de Leyes Orgánica de Medio Ambiente, Leyes de Contralorías y Leyes de Auditoría Ambiental, relacionada en su práctica a otras herramientas de gestión, con la gestión social empresarial y la responsabilidad ambiental, entre otras. Es apreciada su ejecución por los auditores de las Sociedades Mercantiles que practican la auditoría al sector privado, certificados por la Contraloría o el órgano acreditado en mandato del Estado para ejercitar esta función pública a través de la concesión administrativa, solicitada de manera voluntaria a interés de estos empresarios. Podrá ser también realizada a la empresa estatal por la Contraloría de manera obligatoria u aleatoria, es reconocida y regulada en los ordenamientos jurídicos contrastados para el desarrollo de la investigación como: una prestación de servicio público, una actividad de control y como fomento; para su ejecución media la suscripción de un contrato de servicios, concluye con la entrega del informe de los resultados de la auditoría y la certificación ambiental.[28]

## 1.1. ¿Actividad de Control, de Servicio Público, de Fomento o de Gestión Económica?

Al analizarse la concepción de servicio público, como concepto controvertido, entendido de diversas formas y mutando en dependencia de las circunstancias políticas, económicas y sociales de los Estados; en la doctrina francesa autores entre los que se destaca Duguit, con sus diferencias la consideran como la piedra angular del Derecho Administrativo clásico, son argumentados elementos imprescindibles a la hora de determinarlo. A partir de la manifestación de esta actividad, se identifican sus elementos: necesidad de

[28] León, DUGUIT. *Las transformaciones del Derecho Público*. Editora Colin.3ª ed.Francia.1925. p. 51. Actividad cuya observancia debe ser regulada, asegurada y fiscalizada por los gobernantes, es indispensable para la realización y desenvolver la interdependencia social. Fernando, GARRIDO FALLA. *El concepto de servicio público en el Derecho Español*. Actividad técnica realizada de manera continúa, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada directa o indirecta por esta o por sujetos ajenos autorizados para ello bajo un régimen jurídico especial, destinado a la satisfacción de un interés general. En Revista de Administración Pública No.135. España. 1994.p.8

la sociedad o generalidad, titularidad estatal, el régimen jurídico permite que la Administración Pública gestione de manera directa o indirecta el servicio como el control, la continuidad, uniformidad e igualdad de trato para todos los ciudadanos. Como categoría se ha concebido como forma de actividad estatal y actividad técnica, como categoría rectora al interés público; realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada de forma directa por ésta o indirecta por sujetos autónomos autorizados para ello, bajo un régimen jurídico especial, destinada a la satisfacción de un interés general. Se contempla la forma de gestión la mixta, gestión esta que se lleva a cabo a través de sociedades mercantiles, la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Como actividad de control, una de las actividades más importantes de la Administración Pública, sus destinatarios: los órganos, organismos, organizaciones y entidades sujetos a las acciones de control que por Ley se establecen, obligados a mantener sistemas de control interno conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales. Su finalidad: mantener, controlar y evaluar la efectividad del sistema en las instancias de dirección que le competan, considerado por autores entre estos Gordillo. Su importancia va dirigida a comprobar la aplicación de las políticas del Estado en la preservación de las finanzas públicas y el control económico administrativo.[29] En materia de protección ambiental este tipo de control ha mutado, se valora la aplicación de otros mecanismos de control que se le han incorporado en el trascurso de estos años, conocidos como técnicas de tutela ambiental, realizadas a través de la aplicación del control interno, la fiscalización, la inspección, la auditoría, el ordenamiento ambiental, la información y educación ambiental. Pueden ser preventivos, para esto se establece la aplicación de instrumentos de control como: autorizaciones, aprobaciones, per-

[29] Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Aborda la promoción del bienestar social. 8va ed. Editora Macchi. Argentina. 2006. p.12. José Roberto, DROMI. *Tratado de Derecho Administrativo*. La fiscalización como actividad de la Administración Pública. 7ma ed. Editora Ciudad. Argentina.1998.p.887 Santiago, MUÑOZ MACHADO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General.* Las formas de la actividad administrativa (contratos de servicios públicos). Editora Iustel. España. 2011. p.428. Enrique, LINDE PANIAGUA. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Editora Colex. España. 2010. p.55

misos, licencias, concesiones y otros. Los de control ambiental, se establecen a través de la Auditoría Ambiental, la policía ambiental, la supervisión ambiental y otros. Son aplicados para mejorar la conciencia ambiental e identificar los riesgos dentro de estas empresas para el desarrollo sostenible.[30]

Como actividad de gestión económica, se estima señalar: el uso de instrumentos económicos, considerados por la doctrina como una alternativa para atenuar los efectos de la problemática ambiental, modifican conductas de producción y consumo por otras sostenibles. Aparecen en este escenario la alternativa jurídico-económica, es el caso del tributo ambiental, mecanismo utilizado para obtener un desarrollo limpio (Protocolo de Kioto), permite lograr que quien contamine pague para una mejor responsabilidad empresarial. Se valora su vinculación con esta actividad de control ambiental a las empresas, en relación a la actividad que realice, implementado y controlada a través del Fisco en normativas tributarias, en el caso a través del ecoimpuesto vinculado al vertido ambiental. [31]

En el caso del fomento ambiental, es el estímulo para que las empresas sean menos contaminadoras, se regula en normativas jurídicas a través de Leyes de Fomento. En estos países estudiados, se constata estar reconocidos estos estímulos fiscales por la doctrina ambiental como "impuestos verdes o reformas fiscales verdes", utilizadas además como herramientas de mercado, aplicadas al uso del transporte híbrido o eléctrico en respuesta a la contaminación vehicular, en el reciclaje de botellas plásticas por la industria, al control de la deforestación boscosa, al tratamiento al agua potable y desechos sólidos utilizados en la industria, para conservar la

[30] Ángel, PÉREZ MORENO. *Instrumentos de tutela ambiental*. El régimen tributario en materia ambiental. Editora Trivium S.A. España. 1993. pp.8-57. Gemma, PATÓN GARCÍA *Estímulos fiscales a la responsabilidad social empresarial en materia medioambiental: ayudas de estado y tributación ecológica*. Editora Marcial Pons. España. 2009. pp.7-67. Juan, FERNÁNDEZ AMOR. *Reflexiones sobre el fomento público mediante medidas financieras de la Responsabilidad social empresarial relacionada con el medio ambiente.* En Revista Nueva Fiscalidad Nº 6. España. 2008.

[31] Arthur, PIGOU. Pionero de los tributos con finalidad ambiental, propuso hace más de cuatro décadas un gravamen por emisión de contaminantes, con la finalidad de alcanzar el nivel óptimo de contaminación mediante la nivelación del tributo al costo marginal externo para cada nivel de producción. Gemma, PATÓN GARCÍA. *Apuesta el establecimiento de impuestos verdes en países emergentes y en desarrollo.* En Revista Papeles de la Policía Nº 22. Ecuador. 2012. Alberto, GAGO RODRÍGUEZ. *La reforma fiscal verde.* España. 2002. pp. 73-76.

biodiversidad y el uso de combustibles fósiles (modificar la matriz energética).[32] Como ecología mercantilista, se reconocen dos variables por la doctrina ambientalista, una a través de la competitividad empresarial y la protección ambiental con la entrega de instrumentos de acreditación ambiental.[33]

Todos estos conceptos, principios y elementos establecidos desde la Doctrina Administrativa relacionada con otras ramas del Derecho, este tipo de actividad de control deberá estar sustentada en ellos; en los ordenamientos jurídicos revisados, se reconoce como actividad de control y de servicio público. Sí entendemos que todo servicio público conlleva en sí acciones de control para medir su eficacia y eficiencia de las actividades auditables ambientales en estas empresas, como elementos de actividad pública visibles en la empresa estatal. Dentro de esta materia medio ambiental, pudiera ser conformado a través del ordenamiento ambiental como parte del desarrollo urbanístico, la licencia ambiental, la Evaluación de Impacto Ambiental, el Sistema de Inspección Ambiental y la recogida de desechos sólidos, todos tributan a la ejecución de la Auditoría Ambiental por su vínculo administrativo. La Administración Pública al practicarla para preservar el bien jurídico ambiental, la realiza de forma obligatoria a través de un plan, se valora su vínculo con la inspección y a la potestad sancionadora que posee esta Administración Pública de sus funcionarios ante sus faltas por cometer daños a los recursos naturales del Estado. Culmina todo este proceso con la entrega del resultado del informe final de la auditoría, sí cumple con las regulaciones y exigencias para ser reconocida como una em-

[32] Josep, RÍOS GUAL. *La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI.* Sostiene que tres son las fuerzas que por separado y en combinación, impulsan a las compañías a penetrar en un territorio, desconocidos por ejecutivos y administradores: los clientes, la competencia y el cambio. Vinculadas a las herramientas de gestión ambiental para conformar la empresa ecológica. En Revista de Empresas. España. 2007. pp.1-10. Joan, BRANDON. *Reingeniería. Como aplicarla con éxito en los negocios*. Editora Mc Grac-Hill. España.1995.pp.1-15 Gregorio, ESCALERA IZQUIERDO. *Implantación de la reingeniería por procesos. Actividades, técnicas y herramientas.* En Revista del Empresario. España. 1999. pp.7-39

[33] Ramón, MARTÍN MATEO. *Nuevos Instrumentos para la Tutela ambiental*. La ecoetiqueta. Editora Trivium S.A. España. 1994. p.18. Antonio José, SÁNCHEZ SÁEZ. *El nuevo Derecho Ambiental: cambios y posibilidades de futuro en torno a las técnicas convencionales*. En Revista Medio Ambiente y Desarrollo. España. 2010. pp.1-10. Pablo, DOPAZO FRAGUIO. *Régimen Jurídico de las marcas de calidad ambiental: etiqueta ecológica y tutela ambiental*. Editora Exlibris.1era Ed.España.2001.p.21

presa ecológica, le certifican con la ecoetiqueta.
Como tipología de auditoría, se distingue de la actividad inspectora, como la potestad inspectora de esta Administración Pública, toda vez que la inspección ambiental (IAE) tiene como objeto proteger la legalidad, la vigilancia y fiscalización para revisar el nivel de observancia por parte de los sujetos obligados. Se ejecuta a través de un plan anual, con procedimientos específicos, dirigida a los ecosistemas de interés de esta Autoridad Ambiental, inspecciona el resultado de las medidas dejadas en la Licencia Ambiental otorgada como respuesta de la EIA practicada o por denuncias públicas recibidas, su alcance es limitado. La doctrina consultada en materia administrativa, define esta función inspectora como la actividad ejercida de forma directa por la propia Administración in situ, con carácter aleatorio, discrecional y esencial; ligada al ejercicio de la potestad sancionadora como citáramos, es una función de control configurada a una entidad por la complejidad de los riesgos ambientales que deberán afrontarse por la sociedad actual. Esta potestad inspectora, es reconocida como policía administrativa con alcance horizontal.[34]
Es ejercida de forma directa por esta Administración, esta función de control se configura a una entidad por la complejidad de los riesgos ambientales que deberá afrontar, posee un alcance horizontal.
Es más abarcadora como actividad de control a los bienes públicos ambientales que la inspección, permite a estos empresarios la concreción de la empresa ecológica y la contrapartida a la IAE. Revisa la implementación dentro de la organización el sistema contable ambiental a través de procesos y procedimientos por el equipo au-

[34] La posición de autores desde las ciencias jurídicas, consideran la potestad inspectora como una acción directa de la Administración Pública dirigida a los servicios públicos de esta Administración, consultar obras de Manuel, REBOLLO PUIG. *La Actividad Inspectora*. Editora Iustel. España.2011.pp.1-57 Severiano, FERNÁNDEZ RAMOS. *Inspección Administrativa y Potestad Sancionadora* en Blanca, LOZANO CUTANDA, *Diccionario de las sanciones administrativas*. Editora Iustel. España.2010.pp.519-520. *La Inspección Ambiental Estatal*. En Revista del Medio Ambiente y la Administración Local. España.2010.pp.1-26 *La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental.* En Revista del Medio Ambiente y la Administración Local. España.pp.17-39. Juan, BERMEJO VERA. *La Administración Inspectora*". Editora Thomson Civitas. España. 2008. pp.146-156. Iñigo, SANZ RUBIALES *Derecho Administrativo Sancionador*. Editora Iustel. España.2010. pp.816-819. Lourdes, HERNANDEZ MEZA. *Inspección y vigilancia, medidas de seguridad y sanciones administrativas*. Editora Lex. 2010. pp.213-260. Gloria, MIRANDA HERNÁNDEZ. *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Editora Lex.España.2010.pp.1-21. Juan, DIEZ SANCHEZ. *Función Inspectora*. Editora Iustel. España.2009.pp.171-187

ditor que la practique y la observancia de la legalidad en relación a las normas contables y de auditoría establecidas en la normativa general. Es ejecutada conforme al plan anual de actividades de control que se conforme por parte de la Contraloría, comprenderá lugares ambientales o áreas críticas con problemas de contaminación generados por las diferentes actividades desarrolladas en áreas rurales, cuencas, bahías, áreas naturales protegidas, etc., para identificar los diversos sectores que tengan competencias ambientales. Las actividades incluyen las que realiza la empresa auditada, asociadas con el manejo o contención de sustancias peligrosas, incluyen materiales y residuos con propiedades corrosivas, explosivas, tóxicas, inflamables o de algún modo contaminantes y los procesos o instalaciones que generen otras formas de contaminación ambiental, de aquí que exista otra clasificación menos utilizada, la aleatoria, en relación con el interés por este sujeto estatal ante un problemática ambiental de interés nacional.

En su ejecución revisará la observancia de la legislación y la normatividad ambiental por el auditado. Se revisarán y verificarán aspectos como: agua, aire, residuos peligrosos y no peligrosos, suelo y subsuelo. Las fuentes de abasto de agua, descargas de agua residual, procesos y servicios industriales, sitios de almacenaje de materias primas, almacenaje temporal de residuos peligrosos y fuentes de emisión a la atmósfera. La recopilación de información relativa a la región donde esta ubicada la industria, incluidos: mapa de localización de instalaciones, industria y colindancias, planos de edificios e instalaciones, tipo de construcción, drenaje de la empresa, de aquí que se reconozca la participación ciudadana en la práctica de esta evaluación ambiental, al distinguirla de la actividad inspectora.[35]

Su regulación jurídica en estos ordenamientos jurídicos analizados aparece como institución jurídica a partir de ser reconocida en la firma de Tratados y Convenios Internacionales con las Entidades Fiscalizadoras Superiores y Organismos Internacionales, Constitu-

[35] Florencio, BERNAL FISIL. *Auditoría Ambiental o Ecoauditoría*. En Revista Actualidad Empresarial. No. 201. España. 2010. pp.1-2. Yebrail, CASTAÑEDA LOZANO. *El ciudadano ambiental*. Componente estratégico del proceso de construcción de la Democracia Participativa para la protección medio ambiental, a través de la conciencia cívica ciudadana. Colombia. 2010. pp.165-182. PNUMA-ONU. *Programa Regional de ciudadanía ambiental*. América Latina y el Caribe. 2009. p.7 *Evolución y tendencias de las Auditorías Ambientales en el mundo*. INTOSAI. EFS-ONU. 2010.

ciones, Código Ambiental, Ley Orgánica Ambiental, Ley de Auditoría Ambiental y Ley de Contraloría; vinculada en su aplicación por normativas jurídicas con rango de Ley en materias de Administración Pública Ambiental, Orgánicas de la Administración, Gestión Ambiental, Responsabilidad Ambiental, Control de la Contaminación Ambiental, de Salud, Agua, Vida Silvestre, Parques Nacionales, Corredores Marinos, Agraria y Ordenanzas Municipales, entre otras. Complementadas con las normas ISO, las EMAS y las disposiciones de las Entidades Fiscalizadoras, consideran estos autores. De ser valorados elementos constitutivos de exigir la responsabilidad ambiental a los auditados, estos se establecen en norma jurídica su tramitación con procesos penales ante Fiscalías Ambientales, la solución final de estos conflictos se realizará en sedes judiciales en: los Tribunales Ambientales, Administrativos o Agrarios, reguladas con rango de Ley.[36]

Es en todo este escenario socio-económico, la auditoría ambiental responde a las necesidades sociales como herramienta de protección del medio ambiente, es susceptible de integrarse en la realización de las revisiones clásicas que se establecen en otras ramas de la economía industrial, le ha permitido evolucionar a otras tipologías de auditorías reconocidas en normativas legales como las: de legalidad, financiera, de cumplimiento y de gestión; estas revisan en sus programas de auditorías aspectos vinculados con la protección ambiental, brindan a estos empresarios una mejor información en esta materia y responden a las necesidades sociales cuya meta es la sostenibilidad ambiental. Es realizada en base a los criterios como: nivel de importancia y de urgencia de los problemas ambientales detectados, el alcance y complejidad de las actividades que realiza la empresa, como influyen en el ambiente, el volumen de las emisio-

[36] Cassandra, BURDYSHAW. *¿Qué puede aprender Chile de la experiencia de otros Tribunales Ambientales en el mundo?* En el mundo los tribunales ambientales, reconocidos en 41 países y por sus resultados en la promoción de un desarrollo ecológico sostenible, su composición se integra por juristas especializados en Derecho Administrativo o Ambiental, profesionales de las ciencias económicas especializados en materia ambiental, con diez años de experticia. En Revista FIMA. Chile. 2013. pp.93-120 Sergio, DUGO. *Compendio de sentencias ambientales de América Latina.* Editora Abeledo Perrot. Argentina. pp.7-147. José de Jesús, LEÓN GONZÁLEZ. *Política y gestión ambiental participativa en Venezuela.* En Revista de Derecho y Reforma Agraria. No. 37. Venezuela. 2011. pp. 1-22. Marco Aparicio, WILHELMI. *Hacia una justicia social, cultural y ecológica: el reto del Buen Vivir en las Constituciones de Ecuador y Bolivia.* Universidad de Girona. España. 2009. pp.8-76

nes de contaminación y el historial de los problemas medio ambientales. Como herramienta vinculada con los principios del Derecho Ambiental como: una acción preventiva, de cautela, de cooperación, de quien contamina paga, de evaluación de impacto ambiental, de responsabilidad, de participación ciudadana, de equidad intergeneracional, de progresividad y de sustentabilidad.[37]

## 1.2. Análisis legislativo de la actividad de control ambiental.

La denominación de auditoría ambiental como término a manejarse en el artículo, al ser la terminología de mayor uso en la doctrina ius administrativa y la ius ambientalista consultada, la reconocida en los ordenamientos jurídicos analizados, la utilizada por los organismos y organizaciones internacionales vinculados al control, la manejada por la contabilidad y el comercio como la OMC, PNUMA, la Asociación Internacional de Contabilidad; la Unión Europea, Latinoamérica y el Caribe como el término adoptado y dentro del ordenamiento jurídico interno del país en materia administrativa y ambiental es aplicada esta terminología para definirla.

La opinión de autores de la Unión Europea, desde los saberes contables sobre esta institución jurídica, coinciden en confirmar que la práctica de esta auditoría se aprecia vinculada a los conceptos de economía y contabilidad ambiental, permiten a la empresa reducir los costes al implementar las producciones limpias y obtener la certificación ambiental como valor agregado de la actividad comercial, protege la salud laboral al minimizar los riesgos y controlar los niveles contaminación al cumplir con las regulaciones establecidas por el ius comune; estas normativas jurídicas parten desde la firma de Tratados Internacionales, Constitución, Códigos Ambientales, Leyes Ambientales y Leyes de Auditoría Ambiental; complementadas para su ejecución por las normas voluntarias conocidas como las EMAS y las ISO 14 000 y 19 011. Su tutela la posee la EFS, se vincula a otras herramientas de gestión y a la responsabilidad social empresarial en su realización. Ha ido en evolución con la aplicación de otros instrumentos que se le han incorporado desde el pasado siglo, como

[37] Néstor Alfredo, CAFERRATA. *Principios del Derecho Ambiental*. Editora Abeledo Perrot. Argentina. 2010. pp.7-69

regulaciones y herramientas entre las que se destacan: la cobertura a través del seguro ambiental, la aplicación de incentivos fiscales, la tributación ambiental como tipo impositivo en materia de tributos, las tecnologías limpias y la responsabilidad objetiva. [38]

Es de entenderse, los criterios de juristas dedicados al estudio de esta rama del derecho consultados[39] coinciden que este Derecho Ambiental como derecho de nueva creación en materia doctrinal y normativa, es dinámico y variable, con vínculos con otras ramas del Derecho y con otros saberes por su transversalidad, pero adolece de un adecuado respeto en torno a su obediencia por parte de los sujetos obligados a cumplirlas. [40] Otros textos consultados, señalan que por ser un derecho humano reconocido desde la doctrina internacional, no se comprende por qué la Declaración Universal de los Derechos Humanos no existió ninguna referencia al medio ambiente, apenas se reguló en la legislación de aquel período o en alguna Constitución de la época.[41] Estos derechos de tercera generación, denominados nuevos derechos surgieron como respuesta al problema de la contaminación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: calidad de vida, medio ambiente, libertad informática y el consumo, suelen incluirse los

[38] Toman posición desde la ciencias contables sobre la Auditoría Ambiental, sus beneficios, limitantes y consecuencias negativas para mitigar los problemas ambientales, coinciden en este criterio José María, PÁEZ SANDUBETE. *La Auditoría Medio Ambiental en la Unión Europea, una perspectiva contable*. En Revista Contable. España.2008. p.9. Nicola, BORREGAARD. *Sistemas de incentivos financieros para la introducción de tecnología ambiental.* Tecnologías ambientales: tecnologías al final del tubo y tecnologías limpias. Equipamientos de control, mitigación y eliminación de la contaminación, involucra un concepto descrito como tecnologías ambientales superiores. En Revista Ambiente y Desarrollo. Vol. XIII. Chile. 2007.

[39] En las ciencias jurídicas, algunos autores consideran la importancia de la Auditoría Ambiental, su nexo con el Derecho Ambiental, consultar a Blanca, LOZANO CUTANDA. *Actualidad del Derecho Ambiental Comunitario*. En Revista de Derecho Administrativo Económico. No. 20.Brasil. 2009. pp.1-20. Jorge, BUSTAMANTE ALSINA. *Derecho Ambiental. Fundamentación normativa*. Editora Montecorvo. España. 2010. pp.5-77. Dionisio, FERNANDEZ DE GATTA. *Derecho Ambiental*. Editora Trivium. España.2008. pp.7-39.

[40] Ramón, OJEDA MESTRE. *El nuevo Derecho Ambiental*. Le considera caro, complejo, moderno, cientificista, multidisciplinario, de expertos, preventivo y correctivo, indexado al desarrollo económico, es procesalista, trasversal, entre otras. En Revista de la Universidad de Cuauhtémoc No.8. México. 2012.

[41] Salvo excepciones como el artículo 9.2 de la *Carta Magna Italiana* de 1947, la tutela del paisaje; o el artículo 89 de la *Constitución de Costa Rica* de 1949, protegen las bellezas naturales.

que protegen bienes como el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación y la defensa del patrimonio genético de la especie humana.[42]
Investigaciones jurídicas realizadas en el país y por otros autores foráneos[43], consideran que el Derecho Ambiental Internacional ha estado vinculado con el desarrollo del Derecho Internacional Público en las etapas histórico-jurídicas de evolución de la ciencia del Derecho, para dar respuestas a la problemática ambiental, apreciado como ley blanda en cuanto a su obediencia por parte de sus sujetos. Otros autores, desde las ciencias jurídicas en Latinoamérica y el Caribe[44], consideran a esta rama del Derecho pese a las insuficiencias descritas, ha entrado a resolver la cuestión de la polución, la responsabilidad ambiental a partir de la normativa constitucional, en Leyes especiales como: las de crimen ambiental, forestal, de la auditoría ambiental; relacionadas con el daño ambiental y su cuantificación, los incentivos fiscales con la tributación ambiental y la cobertura a través del seguro ambiental. Reconocen el vínculo que posee con otras ramas de las ciencias jurídicas y con otras ciencias como: la ecología, la contabilidad, la sociología, la historia y la economía ambiental entre otras, permiten a estos empresarios tomar decisiones para mitigar la contaminación generada por la producción industrial versus sostenibilidad en el desarrollo de la industria

[42] Luis, DE MEDEIROS GARCIA. *Derecho Ambiental Constitucional*. El derecho interno ambiental a partir de la protección constitucional. 2da ed. Editora Jus Podivm. Brasil.2010.pp.133-204. Gerardo, RUIZ-RICO. *El Derecho Constitucional del medio ambiente*. Editora Tirant lo Blanch. España.2010.pp.5-39

[43] En tal sentido, otras posiciones desde las ciencias jurídicas refieren el vínculo del Derecho Ambiental Internacional con el Derecho Internacional Público y en particular la Auditoría Ambiental, con la firma de Tratados y Convenios, se destacan las obras de José, JUSTE RUIZ. *La evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente*. España. 2009. pp.467-474. Vicente, DE OLIVEIRA MAZZUOLI. *El Derecho Internacional del Medio Ambiente en la Convención Americana de Derechos Humanos*. En Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. XIII. México D.F. 2013.pp.7-49. Raúl, DE ALMEIDA AMOY. *Protección del Derecho del Medio Ambiente en el derecho interno e internacional*. Editora Método. Brasil. 2012.pp.13-58

[44] Posiciones asumidas por autores desde las ciencias jurídicas, reconocen los aportes de esta rama del Derecho a la protección medioambiental. Consultar las obras de Joycemara, SALES DE FREITAS. *Auditoría Externa Ambiental como instrumento en la defensa del medio ambiente*. En Revista de Jure No.20. Brasil. 2013. pp.293-309 Carlos Alfredo, BOTASSI. *Derecho Administrativo Ambiental*. Editora Platense. Argentina. 1997. p.27 Dionisio, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ. *Las Auditorías Ambientales en Castilla y León*. Editora Tirant Lo Blanch. España. 2008. pp.39-57

ecológica, a partir de todo este íter histórico que la reconoce como herramienta de gestión ambiental promovida por la Administración Pública a través del fomento como el instrumento de prevención para mitigar la contaminación.

Otros análisis realizados del Derecho Ambiental, vinculados a los mecanismos de comando y control descritos en el Programa de las Naciones Unidas para la Protección del Medio Ambiente, señalan la importancia de poder contar en el escenario internacional con una institución similar a la Organización Mundial del Comercio, que sirva como foro de negociación de las políticas relacionadas con la protección medio ambiental y revertir la situación que impera, para tributar al equilibrio entre el progreso y la protección de los recursos naturales, aún no logrado por los líderes mundiales.[45]

Los conceptos y las características presentes en esta tipología de Auditoría, reconocida como la herramienta de gestión ambiental, vinculada con otras herramientas e instrumentos al realizarse por los auditores, reconocida en la norma legal como una actividad de control y a la vez como servicio público en la Doctrina Jurídica de Iberoamérica; tutelada por la Administración Pública con un fin concreto, preservar este bien jurídico ambiental para el desarrollo sostenible, a su vez es reconocida su interdisciplinariedad, transdisciplinariedad y multidisciplinariedad, al intervenir en su ejecución profesionales de las ciencias en relación con el escenario a auditarse, de aquí que sea multidimensional.[46]

Este tipo de control ambiental, posee ventajas en su aplicación, a partir de: la implementación del SGA, el uso de tecnologías limpias, la aplicación de la contabilidad ambiental, la obediencia a la legislación, permite obtener la cobertura financiera a través de la póliza ambiental, y con ello lograr una empresa ecológica sostenible; sus

[45] Alcides, ANTÚNEZ SÁNCHEZ. *La jurisdicción de la Auditoría Ambiental*. Realizada por las Contralorías, Unidades de Auditoría y Sociedades Mercantiles. En Revista EumeNed. España.2005. Carlos, ALVAREZ PEREZ. *Instrumentos de la Gestión Ambiental en Cuba. Evaluación de impacto ambiental, licencia ambiental e inspección ambiental en la legislación cubana*. Derecho y Medio Ambiente. Editora Pablo de la Torriente. Cuba.2012. pp.33-55 Daimar, CÁNOVAS GONZÁLEZ. *Necesidades y potenciales del Derecho Ambiental cubano*. En Revista de Derecho Ambiental. No. 1. Cuba.2010. pp.5-78

[46] Ramón, MARTIN MATEO. *Nuevo Derecho Energético*. Refuerza la protección del bien jurídico ambiental en la Unión Europea. Editora Ieal. España. 1982. p.65. Gabriel, REAL FERRER. *Integración económica y medioambiente*. Editora Mc Graw-Hill. España. 2008. p.86

limitantes consideramos están identificas con la obsolescencia tecnológica, los elevados costes de las tecnologías limpias, los costes del contrato de servicio, la heterogeneidad industrial y las formas de organización. Como consecuencias negativas están circunscritas a: ser empresas contaminadoras al medio ambiente, los costes del contrato de auditoría, les impedirán obtener la certificación ambiental v/s desarrollo sostenible a estos empresarios no concientizados con la problemática ambiental y como resolverla.

La justificación de realizar esta actividad de control, recaerá en: la importancia de practicarla por estos empresarios a sus empresas a partir de ejecutar el control interno sistemático, en atención a estos temas ambientales, a los acuerdos internacionales en materia ambiental firmados por los países, las normativas jurídicas internas, las pautas trazadas por los bloques comerciales (UNASUR, MERCOSUR, ALBA, GATT, UNION EUROPEA), la Agenda 21, el Protocolo de Montreal (Capa de Ozono), la Convención sobre Diversidad Biológica, el impacto en las decisiones y su repercusión económica al no implementarse la contabilidad ambiental. Para lograr esto, estos empresarios tendrán que aplicar estrategias para reducir los niveles de contaminación, ahorrar energía, utilizar tecnologías limpias, ahorrar materias primas, aplicar las técnicas de reciclaje, aplicar la reingeniería empresarial, realizar alianzas estratégicas; es aquí, donde la auditoría ambiental juega un rol privilegiado para conformar la empresa ecológica y con ello lograr el desarrollo sostenible.

Valdivia Aguilar, experto en la práctica de auditorías realizada por agencias internacionales, señalaba: dentro de la ejecución de esta actividad de control ambiental, deberán quedar definidos los conceptos de economía ambiental, la persecución social del ambiente, los principios universales del Derecho Ambiental y desde el punto de vista de la generación de la contaminación, definirse cuál es la responsabilidad de la Naturaleza y cual por las actividades del Hombre, estos análisis permitirán actuar conforme a derecho para pagar por el daño en la evaluación realizada por los auditores. Proseguía en esta entrevista con las interrogantes a realizar dentro de la empresa a los empresarios: ¿Se deberá acatar la legislación de protección del ambiente por convicción o por obligación?, ¿Por qué lo hacen los empresarios? ¿Todos lo hacen? ¿Por qué tiene que intervenir el Derecho Ambiental?  En materia de seguridad y salud laboral


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 16-62

las empresas radicadas en el país cumplen de manera adecuada la legislación, contrario a lo que ocurre cuando estas son vendidas a empresarios extranjeros.[47]
Wolisky, experto en la ejecución de las auditorías ambientales, expresaba que: la temática contable dentro de esta acción de control es de gran relevancia, le permite al empresario conocer los costes asignados a la protección ambiental en su empresa, para evaluarlos a través del control interno y cuando sea solicitada una evaluación interna a través de la actividad de control ambiental.[48]

## 2. Elementos de la auditoría ambiental.

Esta tipología de auditoría es practicada en dependencia de las condiciones que la enmarquen, de los objetivos específicos que la motivan y del nivel de desarrollo que la organización empresarial tenga, comparte un objetivo común entregar información documentada y validada sobre diferentes aspectos de la situación ambiental de la entidad auditada al identificar los riesgos e impactos asociados, el examen y la evaluación de las prácticas existentes para mejorar el desempeño ambiental, permitirá comprobar el respeto de la legislación y los estándares ambientales de relevancia.[49]
Con esta evaluación de la gestión ambiental realizada a la empresa, como uno de los principios básicos que la Comunidad Internacional ha reconocido para lograr una gestión ambiental eficaz y eficiente, es contar con mecanismos y herramientas que permitan a las sociedades proteger el derecho de las personas a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, con meca-

[47] Emilio, VALDIVIA AGUILAR. Perito en Gestión Ambiental Internacional. Procuraduría Federal del Medio Ambiente. México. Entrevista realizada en fecha 18 de julio 2014. Hora: 22.00 p.m. Fecha: 21 de julio 2014. Hora: 8.45 p.m. Email: ecomunic@yahoo.com.mx

[48] Jaime Isaac, WOLISKY. Auditor Ambiental y Contador Contable Internacional. EARA Londres BEAC–USA. Argentina. Email: wolinsky@wolinsky.com.ar. hptt//www.wolinsky.com.ar

[49] María, PADIN. *La Auditoría Ambiental y las Normas ISO 14000.* En Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social. No.5. La responsabilidad ambiental empresarial. Argentina. 2011.p.37. Armando, VILLACORTA CAVERO. *Ecoauditoria: una necesidad actual*. En Revista de la Asociación Interamericana de Contabilidad No. 4. España. 2012. p.3 Rubén, SOTO HUANCA. *La Auditoría Ambiental y su proceso en el contexto de la auditoría integral*. En Revista Ciencia y Desarrollo. No. 3. España.2012.pp.23-26. Roberto, GOMEZ LOPEZ. *Generalidades de la Auditoría*. En Revista Universidad de Málaga. España. 2009. pp.1-179

nismos que permitan a cualquier persona tener acceso a la justicia ambiental, ante el fenómeno de la globalización internacional la que trae fenómenos aparejados en acaparar la producción de bienes, servicios, comercios entre otros de un producto por Asociaciones Internacionales, las reformas energéticas y de recursos naturales que se realizan en Latinoamérica y el Caribe en la economía, salud, ciudadanía y ambiente, como entonces realizar reformas sostenibles adecuadas. Permitirá además, conocer al equipo auditor el grado de economía, eficiencia, y eficacia, calidad e impacto en la planificación, control y uso de los recursos naturales, la conservación y la protección del medio ambiente, como características fundamentales en este proceso de planeación y práctica de esta actividad de control ambiental.[50] De aquí, que consideremos estemos en presencia de los elementos subjetivos que se reconocen en este relación administrativa: Auditor: auditores certificados que pertenecen a las Contralorías o a las Sociedades Mercantiles de Auditoría. (Habilitados en el Registro de Auditores). Auditados: Empresas Estatales, Empresas no Estatales y otras formas de gestión.

Sí estas tienen establecido un SGA[51], esta Auditoría permitirá evaluar por este equipo auditor sí el mismo satisface los criterios del control y comunicar los resultados de este proceso a los directivos de la organización empresarial en la condición de auditados en esta relación jurídica. Los análisis de los temas de obediencia legal y de residuos en las auditorías son los de mayor relevancia para las organizaciones auditadas, en muchas ocasiones carecen de información con respecto a la conducta ambiental en sus actividades, monitoreaos a través de las herramientas reconocidas en las Leyes Ambientales. Este diagnóstico o estudio previo, permitirá la identificación y análisis de los riesgos que enfrentará la organización para alcanzar

[50] Fernando, LACRUZ MORENO. *La empresa ambientalmente responsable. Una visión de futuro*. Las buenas prácticas ambientales, se obtienen resultados positivos en la protección. En Revista de Economía No.7. Venezuela. 2005. pp.39-58. Ángel, VIGURI PEREA. *La responsabilidad en materia ambiental: el seguro ambiental*. La importancia de adquirir la póliza contra los adversos ambientales. Estados Unidos de América. 2011. p.53. Alberto, CABEZA ARES. *Los seguros de responsabilidad civil medioambiental en la obligación de reponer y restaurar el medioambiente alterado*. Editora Trivium. España.2003.p.67 Amadeo, REIG LLORET. *Análisis económico de los recursos naturales*. El costo-beneficio de la explotación de los recursos naturales. En Revista Ámbito Financiero No.4. España.2009.pp.205-211.

[51] NC ISO 14011:1998. *Sistema de gestión ambiental*. hpttp//www.onn.cu

sus objetivos y metas, las principales fuentes de pérdidas y visualizar sus posibles alternativas de solución. Son identificados como elementos formales en su práctica a través de la aplicación de las Directrices de la Auditoría Ambiental de las EFS, las Normas ISO 14 000 y 19 011, las EMAS, el uso de las Tecnologías Limpias para obtener producciones no contaminadoras, el uso del SGA para conocer los índices de contaminación, las Normas de Auditoría y las Normas y Principios Contables.

En aquellas organizaciones con trayectoria por los resultados obtenidos en las auditorías practicadas con anterioridad y su evaluación obtenida haya resultado positiva, esta actividad de control será orientada a la identificación de opciones para la minimización de los residuos y la reducción de riesgos de mejoras continuas. Es de entenderse entonces, que este término Auditoría Ambiental desde sus principios teóricos, es también utilizado dentro del contenido de las auditorías externas independientes, conocidas como Auditorías Legislativas o del sector público por las EFS. Es en este sector público, donde se practican tres tipologías de auditorías reconocidas como: la financiera, la de conformidad y la de rendimiento, no se diferencian de los otros tipos de auditorías realizadas por las EFS, al abordarse cuestiones relacionadas con el medio ambiente, los recursos naturales y el desarrollo sostenible.[52] Son considerados por este autor, como elementos objetivos que no deberán de omitirse en los resultados del informe, la formalización de la auditoría a través de un contrato de servicio público, de manera voluntaria u obligatoria, en algunos casos puede ser considerada como aleatoria, en su práctica se integrarán dentro del equipo auditor diversas profesiones de las ciencias, saberes y principios (Transversalidad) en relación con el escenario a auditarse, se practicará para conocer sí la empresa cumple con los índices de contaminación requeridos en la normas ambientales ISO al implementar los SGA, el uso de tecnologías limpias y la contabilidad ambiental dentro de su sistema contable, como los de mayor relevancia; este equipo auditor para su ejecución utilizará el programa para este tipo de Auditoría, concluye

[52] *Guía de auditorías ambientales para las Entidades Fiscalizadoras Superiores*. PNUMA-ONU. 2007. hptt//www.efs.org José Luis, LOMBARDERO RODIL *Manual para la formación en medio ambiente*. Capítulo: Auditorías Ambientales en el sector empresarial. Editora Lex Nova. España. 2008. pp.15-143.

con la entrega de los resultados en el informe final de la auditoría realizada, el que otorgará sí son cumplidas todas las etapas de la Auditoría de manera favorable, el certificado ambiental (Ecoetiqueta). Sus principios se determinan por el ejercicio práctico como los de: economía, en igualdad de condiciones de calidad de bienes y servicios se obtengan al menor costo; eficiencia, la asignación de los recursos sea más útil para maximizar los resultados; eficacia, sus resultados sean logrados de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas y transparencia, referido a la difusión de los resultados de la auditoría con el fin de sensibilizar y concientizar a los directivos y trabajadores en general sobre la necesidad de conservar el ambiente y contribuir al desarrollo sostenible: sostenibilidad ambiental, gestión, programas, proyectos y actividades de la entidad deben conducir al aumento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.[53]

Por tanto, el eje fundamental característico dentro de la organización empresarial es implementar el SGA, como el componente clave que permitirá a estos empresarios mitigar la contaminación en sus empresas. De aquí, que estime que la multidimensionalidad de la auditoría ambiental se integrará por ser un proceso sistémico, un procedimiento, una herramienta de gestión y una actividad administrativa.

## 2.1. La protección ambiental vista desde la arista del constitucionalismo.

Los elementos que consagran la institución jurídica, se aprecian al reflejarse en los ordenamientos jurídicos que fueron analizados, a partir de las Constituciones estudiadas y su desarrollo jurídico en el derecho sustantivo en materia de protección del medio ambiente al

[53] *Estrategia mundial de la conservación*. PNUMA-ONU. Brasil.1992. hptt//www.onu.org. Ramón MARTIN MATEO *Tratado de Derecho Ambiental*. Editora Trivium.España.1991.p.80 *Vid:* Paulo, DE BESSA ANTUNES. *Derecho Ambiental. Brasil.* pp.211-253 Néstor Alfredo, CAFERRATA. *Derecho Ambiental*. Argentina. pp. 11-127. Silvia, JAQUENOD DE ZOGON, *Derecho Ambiental y sus principios rectores*. España. pp.5-28

introducirse nuevas tecnologías en este siglo y las que están por venir. Esta evolución y desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación ha tenido en cuenta como proceso histórico para su formación el período comprendido entre la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en estos cónclaves fueron abordadas cuestiones en materia de conservación del medio ambiente, pendientes a solucionarse por los Estadistas en los próximos congresos internacionales a convocarse.[54]

En todo este análisis realizado, se constata los avances del Derecho Ambiental en la región de Latinoamérica y el Caribe, reflejan el marco jurídico donde se sustenta, permite cumplir las responsabilidades y funciones a los ciudadanos y a la Administración Pública. Se han incorporado en estos ordenamientos jurídicos instituciones, categorías, consideraciones técnicas, principios, herramientas y mecanismos necesarios para prevenir o corregir los efectos adversos al ambiente y a los recursos naturales generados en procesos productivos y de consumo, para fortalecer la gestión ambiental. [55]

La historia política de Latinoamérica, confirma que de los países que la integran, con la renovación de sus instituciones reflejan los cambios constitucionales entre los años 1972 y el 1999 del pasado siglo, 16 países modificaron sus constituciones políticas al incorporar las preocupaciones de la sociedad. Este resultado obtenido en la investigación por Brañes, ha permitido que figuren un número importante de disposiciones que refrendan la protección ambiental y la promoción de un modelo para lograr la meta del desarrollo sostenible.[56] Lo evidencian las constituciones de Pana-

[54] *Cumbre Mundial del Medio Ambiente*. Brasil. La problemática ambiental mundial y las principales acciones a realizar por los países contaminadores. PNUMA-ONU 1992.hptt//www.onu.org

[55] *Declaración del Día Mundial del Medio Ambiente*. Llamado a la preservación del medio ambiente, para concientizar a los pueblos y a los estadistas. PNUMA-ONU 1992. hptt//www.onu.org

[56] El constitucionalismo en América Latina con la práctica democrática y participación ciudadana, originado en la *Constitución colombiana* de 1991 y la *Constitución de Ecuador* de 1998, muestran avances al reconocer los derechos ciudadanos, cambia con la Constitución del 2008, el Estado Ecuatoriano con carácter constitucional de Derecho. En Venezuela en 1999, se da un proceso originario, la Constitución nace a partir de la voluntad popular. Bolivia, Constitución del 2009, encamina la creación de un Estado democrático, soberano y de participación popular. http://www.pnuma.org.PNUMA.2013. Antonio, WOLKMER. *Pluralismo Crítico y Nuevo Constitucionalismo en América Latina.* 3ªed. Editora Alfa-Omega. Brasil.2010.p.36 Diana, QUIROLA SUÁREZ.

má (1972), Cuba (1976), Perú (1979, sustituida en 1993), Ecuador (1979, sustituida en 1998), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Haití (1987), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina (1994), República Dominicana (1994) y Venezuela (1999). Doce de estas constituciones fueron promulgadas entre los años 1972 y 1992, en el período de veinte años que medió entre la Conferencia de Estocolmo y la Conferencia de Río.[57]

El PNUMA, en el siglo XXI ejecutó otros nuevos análisis denominado: "economía verde", para conocer como se ha mantenido, comportado y evolucionado el marco regulatorio en los 33 países que integran la América Latina y el Caribe en materia de protección al medio ambiente, dentro de las metas del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza establecidas por el PNUMA-ONU[58], permitieron conocer de sus conclusiones, a partir de cómo se aprecia la regulación de la protección ambiental, arrojó: "casi todos los países de América Latina y el Caribe presentan una estructura legal similar: en la cabeza, cláusulas constitucionales ambientales, luego una Ley General, Ley de Bases, Marco u Orgánica del Ambiente, y leyes sectoriales ambientales". [59]

Rey Santos, experto en política ambiental cito: *"las normas constitucionales que se ocupan del medio ambiente constituyen una parte muy relevante del derecho ambiental, porque dichas normas trazan pautas esenciales de obligada consideración por el legislador y por tanto, guían el actuar del órgano legislativo. (…) Por otra parte, su carácter de norma estable supone que la modificación o derogación de la Constitución está sometida a condiciones*

---

*Sumak Kaway. Hacia un Nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza*. El Buen Vivir: una vía para el desarrollo sustentable. Editora Abya-Yala.Ecuador.2009.pp.7-79

[57] *Informe del Derecho Ambiental Latinoamérica*. Raúl, BRAÑES BALLESTEROS. Análisis histórico-doctrinal y jurídico del Derecho Ambiental. Retos para su mejora. PNUMA-ONU http://www.rolac.unep.mx. *Sostenibilidad ambiental en las Américas*. Políticas.OEA.2009.

[58] *Pobreza,* no hay una manifestación única y universal de pobreza como tampoco de riqueza. No tiene carácter económico aunque la ciencia económica se haya apropiado de este concepto convirtiéndolo en medible a partir de índices de ingresos, determina el acceso al bienestar material. ONU. http://www.cccbxaman.org/Raval/e6a4/pane2.htm 2013.

[59] Néstor Alfredo, CAFFERATTA. *Constitucionalismo e Institucionalidad Ambiental en Latinoamérica*. La democracia participativa en las decisiones ambientales. Editora Ine-Semarnat. México. 2004. p.23

*especiales y su condición "rígida" determina que el proceder para tales cambios esté generalmente recogido en la propia Constitución. Esta estabilidad se trasmite a los presupuestos ambientales que contiene. Todos estos elementos convierten a la normativa constitucional en un ámbito exclusivo y notable para el análisis de la evolución y marcha del derecho ambiental*." [60]

Similares a estas evidencias obtenidas en los inicios de este siglo XXI, están los resultados de los estudios realizados para analizar los progresos de la institucionalidad ambiental en la región a diez años después de la Cumbre Mundial de Río de Janeiro en el año 1992, realizados también por Brañes Ballesteros, quien resaltaba: "*la compleja historia política reciente de gran mayoría de los 20 países que componen América Latina llevó a la renovación de sus instituciones, reflejados en cambios constitucionales citados*".[61]

Se aprecia, la preocupación por la protección del bien jurídico ambiental y del desarrollo sostenible en la región Latinoamericana ha conllevado a insertar la temática ambiental a partir de las Leyes fundamentales. En el siglo XXI, se ratifican las evidencias que confirman lo señalado en los estudios realizados en el término de los años de 1976 hasta el 1992, después del 1992 y en el 2013 en los países de la región de Latinoamérica y el Caribe; demuestran el desarrollo de una legislación en materia ambiental, varía acorde a la tradición jurídica de cada país, en general han mantenido en común establecer las líneas generales de la política ambiental nacional, los principios de la misma y de los instrumentos y herramientas para implementarla por la Administración Pública.[62] Afirmación

---

[60] Orlando, REY SANTOS. *El Desarrollo del Constitucionalismo Ambiental en Latinoamérica*. PNUMA-ONU. 2008. pp.23-38 La participación ciudadana en los textos constitucionales, a raíz de la Democracia Participativa. Albert, NOGUEIRA FERNANDEZ. *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas.* Editora Tirant lo Blanch. España. 2010. pp.7-29 Raúl, CANOSA USERA. *Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental.* En Revista de Estudios Políticos. No. 94. España.1997.pp.73-109. Guillermo, ESCOBAR ROCA. *La ordenación constitucional del medio ambiente.* Editora Dykinson. España.1995.pp.11-49. Eduardo, GARCIA ENTERRIA. *Curso de Derecho Administrativo*. Editora Félix Varela. Cuba. 2006. pp.17-201. Carlos Alfredo, BOTASSI. *Derecho Administrativo Ambiental.* Editora Platense. Argentina. 2006.pp.13-178

[61] Raúl, BRAÑES BALLESTEROS. *Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.* PNUMA-ONU México.2000.p.33

[62] Eduardo, GUDYNAS. *El mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y Políticas Ambienta-*

que coincide con la aportada por los juristas involucrados en este análisis sobre la situación actual del Derecho Ambiental y cito: "*las Constituciones, las Leyes marco o generales, conforman el núcleo duro y estable de la institucionalidad ambiental de los países de la región objeto muestral, para reconocer sí estas resultan ser productivas con la aparición de la economía y contabilidad ambiental en pos del desarrollo sustentable vinculadas a la práctica de la auditoría ambiental*."

El PNUMA, ha considerado sobre la protección ambiental, la necesidad de implementarse la economía ambiental para lograr la sostenibilidad, con una ordenada implementación dentro de estas empresas, meta no lograda en todos los países muestreados.[63] Todo este material científico considera a la economía ambiental dentro del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, como uno de los instrumentos más importantes para lograrlo, al ofrecerles a estos empresarios nuevas alternativas. Contribuye al aumento económico con patrones de sostenibilidad al permitir mayor inclusión social, mejor bienestar humano y más oportunidades de empleo y trabajo decente[64] para todos, mantener saludable los ecosistemas al utilizar los SGA; es a la vez un instrumento y una herramienta para la Administración Pública en la toma de decisiones, tiene carácter interdisciplinario en su concreción dirigidas al ciudadano en la protección del medio ambiente y sus recursos naturales en la construcción de la empresa ecológica. [65]

En Cuba, los estudios en materia legislativa realizados en el 2013

*les en la Nueva Constitución*. Editora Abya-Yala.Ecuador.2009.pp.7-78

[63] PNUMA-ONU. *Hacia una economía verde. Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza.*2011. hptt//www.unep.org/greeneconomy.

[64] *Trabajo decente*: OIT-ONU. Trabajo satisfactorio y suficiente en calidad y cantidad, de nivel aceptable, productivo y libre, garantiza un ingreso adecuado, protegido por políticas sociales. Garantiza equidad, seguridad, dignidad humana y un ambiente saludable. hptt//www.oit.org.

[65] Yebrail, CASTAÑEDA LOZANO. *El ciudadano ambiental*. España. 2010. Sobre el concepto de ciudadano. Antonio, EMBID ARAUJO. *El ciudadano y la Administración*". En Revista del Instituto de Administración Pública No. 10. España. 2006. p.24 Agustín, GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. T II. El Derecho a un Medio Ambiente sano. Editora Iustel. Argentina. 2006. p.15 Miguel, SANCHEZ MORON. *Derecho Administrativo*. El concepto de ciudadano ambiental: equilibrio natural para la tranquilidad. Le preocupa lo inesperado, la incertidumbre manifestada por la irregularidad del clima, por la inestabilidad de los fenómenos naturales y por un calentamiento que no se modifica.6ta ed. Editora Tecnos. España.2010.p.440.

por el PNUMA demuestran que no ha existido una construcción jurídica adecuada de los conceptos economía y contabilidad ambiental dentro del sistema contable del país, que permitirían transitar a la aplicación de las herramientas de gestión en el sector estatal con la Auditoría Ambiental para conformar la empresa ecológica, sin menospreciar la producción de múltiples de normativas que abordan la temática ambiental por el CITMA vinculadas a la práctica de este tipo de control, aplicado a través de la inspección, y aún no reconocida dentro de los articulados de la normativa ambiental marco establecida en el país.[66]

En este mismo sentido, es adecuado subrayar lo señalado por el PNUMA y cito: (…) *"las políticas de economía ambiental en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza deberán*[67] *ser compatibles con el derecho internacional; respetar la soberanía nacional de cada país sobre sus recursos naturales, al tener en cuenta sus circunstancias, objetivos, responsabilidades, prioridades y margen de acción con respecto a las tres dimensiones del desarrollo sostenible"* (...). Introducir estos instrumentos económicos ambientales en la contabilidad de las empresas, buscan la mejoría del bienestar humano y la equidad social, el respeto a la naturaleza y los recursos que proporciona, de los ecosistemas y reconocer la diversidad cultural donde la práctica de la Auditoría tiene influencia en modificar patrones de conductas contrarios al desarrollo sostenible.[68]

---

[66] Las *Constituciones y de las Leyes Marco o Generales del Ambiente.* PNUMA-ONU. Argentina. 2013 hptt//www.planetaverde.org.ar Desde posiciones contables y jurídicas, constatan la interdisciplinariedad de ambas ciencias, con la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental (Auditoría), de otras formas de gestión, puede consultarse la obra de Raúl, GARRIDO VÁZQUEZ. *Estudio de caso: Cuba. Aplicación de instrumentos económicos en la política y la gestión ambiental.* Cuba. pp.33-40. Eduardo, GÓNGORA AVILÉS *Derecho Ambiental*. España pp.1-5 Héctor, GARCINI GUERRA *Derecho Administrativo*. Cuba pp.174. Leonel, VEGA MORA *Desarrollo sostenible y sostenibilidad ambiental del desarrollo*. En Memorias del VI Congreso gestión ambiental. (CDrom). Teresa, CRUZ. *El derecho al desarrollo sostenible, una actualización obligada para la doctrina del Derecho Ambiental*. (CDrom). 9na Convención Internacional de Derecho y Medio Ambiente. Cuba. 2012. Luis Miguel, RIVERA. *Marketing de los productos ecológicos*. En Revista de la Empresa. España. pp.1-16

[67] *Vid: Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica*.hptt//www.planetaverde.org.ar PNUMA. 2013.

[68] Edith, GARCÍA SALAZAR. *Economía ecológica frente a economía industrial*. La necesidad de implementar la contabilidad ambiental en las empresas. En Revista Argumentos No.56. México.

Permitirán todos estos resultados con la práctica de esta actividad de control, desarrollar políticas para promover el uso de los recursos naturales de forma eficaz con bajas emisiones de carbono, eficiencia energética, sustituir los combustibles fósiles por energías renovables menos contaminadoras al modificar la matriz energética, proteger la biodiversidad, los recursos genéticos y los servicios ambientales de los ecosistemas, la promoción de inversiones e innovaciones de corte ambiental, las inversiones en desarrollo de capacidades y fortalecer la gobernanza e institucionalidad ambiental. Su implementación, ejecución, control y observación respecto a la normativa jurídica en materia administrativa-ambiental serán competencias de la Administración Pública hacia el ciudadano.[69]

Los conceptos de economía y contabilidad ambiental[70], por la transversalidad de la cuestión ambientalista y la influencia dentro de los ordenamientos jurídicos analizados de Latinoamérica, el Caribe, Norteamérica y la Unión Europea, confirman lo señalado, demuestran los resultados de los estudios realizados en base a valoraciones de las fuentes de valor histórico-jurídico, idioma común, rasgos culturales, sociales, regulaciones jurídicas y administrativas en matera ambiental a partir del texto constitucional y del derecho sustantivo desarrollado por cada país vinculados al control ambiental.

A partir de todo este estudio realizado a los ordenamientos jurídicos de estos países muestreados, se evidencia: dentro del nuevo constitucionalismo figuran un número importante de disposiciones referidas a la preocupación por la protección medio ambiental y a la promoción del desarrollo, al insertárseles cuestiones ambien-

---

2008. pp.68-79. Federico, AGUILERA KLINT. *De la economía ambiental a la economía ecológica.* Editora Icaria. España. 2010. pp.9-248

[69] *Informe Desarrollo Humano*. PNUMA-ONU. *La verdadera riqueza de una nación está en su gente.* IDH es una medida del desarrollo humano. Mide el progreso medio de un país en tres dimensiones del desarrollo humano: *disfrutar de una vida larga y saludable, acceso a educación y nivel de vida digno*. Media geométrica de índices normalizados que miden los logros en cada dimensión.2010.hptt//www.idh.org pp.2-79 Coincide Raúl, RANGEL. Tesis de maestría: *Indicadores del desarrollo sostenible. Un acercamiento desde la perspectiva económica ambiental para Cuba*. Cuba. (2007).

[70] José, TUAPEREDA. *Evolución y situación actual del pensamiento contable*. La partida doble, visión económica y científica de la contabilidad con la protección ambiental, vínculo con el Derecho. España.2010.pp.27-119. Fernando, LLENA MARACULLA. Tesis doctoral: *La contabilidad en la interacción empresa-medio ambiente. Su contribución a la gestión medio ambiental*. España. (1999).

tales que parten de las Leyes fundamentales desde el pasado siglo hasta la actualidad con una dimensión interdisciplinaria; permiten confirmar que existe una democracia participativa por parte del ciudadano en la protección del medio ambiente. Refrendado por los resultados del estudio desarrollado en la región desde las ciencias jurídicas por investigadores del derecho en este siglo como Caferrata[71] y Rinaldi[72], en relación a la técnica de introducir las políticas ambientales a partir del texto constitucional, la responsabilidad ambiental, la implementación de los SGA, la auditoría ambiental, la introducción de la economía y contabilidad ambiental, la póliza ambiental, la reducción de los costes en las empresas, la reducción de la contaminación, el uso de tecnologías limpias y de otras herramientas de gestión, para conformar la empresa ecológica y de esta manera acercarse a la meta del desarrollo sostenible.[73]

La protección ambiental, los métodos de control aplicados, la relación del Derecho Ambiental con otras ramas del derecho y el vínculo con otros saberes. Permiten señalar, la necesidad de actualizar la legislación cubana a partir de la norma constitucional, la ley marco ambiental y el derecho sustantivo vinculado a la política ambiental en relación con las instituciones estudiadas. [74] Los ordenamientos jurídicos de la región Latinoamericana y Caribeña con el de la Unión Europea, comprobamos que se distinguen con la aprobación de una nueva Ley de Responsabilidad, originada por los graves episo-

---

[71] Néstor Alfredo, CAFERRATA. *Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental.* Orígenes del Derecho al Medio Ambiente. PNUMA-ONU. Argentina. 2013. hptt//www.planetaverde.org. p.3

[72] Gustavo, RINALDI. *La Evaluación del Impacto Ambiental Estratégica*. Nexo de la evaluación ambiental con la auditoría ambiental. PNUMA. Argentina. 2013. hptt//www.planetaverde.org. pp.7-37 Jesús, JORDANO FRAGA. *Viejos* y *Nuevos retos de la Evaluación de Impacto Ambiental*. España. 2010. pp.1-42

[73] Alberto, VIGURI PEREA. *La responsabilidad en materia medioambiental: el seguro ambiental*. La póliza ambiental vinculada a la auditoría ambiental. En Revista Española de Seguros No. 5. España.2010.p.74 Ismael, PUERRES. *Naturaleza de la Auditoría*. En Revista de la Universidad Complutense de Madrid. No. 7. España.2011.p.49

[74] PNUMA-ONU. *Hacia una economía verde. Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza.* hptt//www.unep.org/greeneconomy.2011. Gloria, ALARCON GARCIA. *¿Son los tributos ambientales una opción para la financiación de las HHPP? Reflexiones sobre la fiscalidad ambiental autonómica*. La fiscalidad ambiental establece los tributos sobre tres bienes naturales: las aguas litorales, los residuos y la atmósfera. En Revista Cuaderno Interdisciplinar de Desarrollo Sostenible. No. 9. España. 2012. pp.205-277

dios de contaminación que ocurren en este continente, exigen nuevos sistemas de responsabilidad a la Administración Pública. Normativa está elaborada a través de un proceso de participación pública, para conformar un sistema de Responsabilidad Objetiva[75], centrada en la recuperación de lo degradado, basada en los principios de prevención y en el de quien contamina paga. Se ratifica además, la pertinencia de la protección ambiental a partir del texto constitucional y su implementación en el desarrollo del derecho sustantivo ambiental. Se distinguen dentro de esta normativa ambiental de la región de Latinoamérica y el Caribe en este tipo de responsabilidad. En el continente de América del Norte, es tomado como país en atención al criterio de orígenes de la institución estudiada, para conocer la regulación jurídica en materia ambiental a los Estados Unidos de América: la NEPA ha dado una respuesta legislativa de un efecto ambientalista ecológico, conformado en la sociedad norteamericana, el Gobierno y el Poder legislativo no la ha obviado. Ley que no es substantiva en el entendido de que no imponen a las instancias gubernamentales la consecución de determinados resultados de una materia incompleta, es procedimental y procedimentalista. Se detalla solo en el proceso de la toma de decisiones y las formas de actuación que el Gobierno y las Agencias Federales, deberán tenerse en cuenta en sus resoluciones cuando las mismas puedan tener ciertas repercusiones sobre el medio ambiente. Los aspectos de interés se encuentran en la sección 2 de la Ley, con una carga valorativa. La Constitución Federal, no recoge una mención explícita al derecho de los ciudadanos a gozar de un medio ambiente adecuado o sustentable. Existen intentos doctrinales y jurisprudenciales para reconocer este derecho en el seno de la propia Constitución Federal, tomando como punto de partida una interpretación del resto de las disposiciones del texto constitucional, fundamentada en la IX Enmienda. Dado por las regulaciones ambientales al impactar el

[75] Ley No. 26 de 24 de octubre 2007. *De Responsabilidad Medioambiental*. Artículo 6. Boletín Oficial del Estado No. 255. España. Reconoce como uno de los temas de relevancia dentro del Derecho, la imputabilidad de una valoración positiva o negativa por el impacto ecológico, al daño causado a otras especies, a la naturaleza en su conjunto o a las futuras generaciones, por las acciones o las no-acciones de otro individuo o grupo. Recae en los individuos, en las empresas, países y en la especie humana en su conjunto. Se evalúa el hecho de la "reparación por daño ambiental", en consonancia con el principio de "quien contamina paga" ante los daños ocasiones por el hombre o por la propia Naturaleza.

comercio entre los Estados de la Unión y los foráneos.[76]
Otros trabajos científicos valorados desde la ciencia del Derecho, abordan como ha estado tratada dentro de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y el Caribe esta tipología de auditoría, al ser reconocida como un instrumento o la herramienta de gestión ambiental[77], coinciden en señalarla, entre los modos de actuación de la Administración Pública, es considerada como prestación de servicio público, actividad de control y de fomento, se aprecia estar vinculada con la inspección ambiental y la potestad sancionadora que asume la Administración Pública de sus funcionarios ante sus faltas por cometer daños a los recursos naturales, es solicitada por estos empresarios para obtener una certificación ambiental de industria limpia y poder acceder a mercados. Concuerdan que su regulación legal parte desde el texto Constitucional, Leyes generales del medio ambiente, de gestión ambiental, de la Contraloría y especiales para la Auditoría Ambiental, para lograr un desarrollo adecuado, se confirma como institución jurídica a partir de ser reconocida en la doctrina y normativa ius administrativa y la ambientalista; se aprecia además su vínculo en su práctica con Leyes de Salud y de Urbanismo, se reconoce el trabajo de las ONGs ambientalistas, la protección de los recursos minerales como: el agua, los agro tóxicos, la gestión forestal pública, el patrimonio genético, los tipos de responsabilidad ambiental, la tributación ambiental, la solución de los conflictos en las Fiscalías Ambientales y su conclusión en sede judicial ambiental. Demuestran la coyuntura de la democracia participativa a partir del nuevo constitucionalismo en Latinoamérica, se destacan las Constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia como las que han tratado la cuestión ambientalista con mayor rigor dentro de sus articulados.

---

[76] *Auditoría ambiental: evolución histórica y su entorno político institucional*. Comité internacional de prácticas de Auditoría. PNUMA-ONU. hptt//www.iac.org.2005.pp.5-28

[77] Análisis desde posiciones jurídicas, permiten conocer el método aplicado a esta institución de la Auditoría para realizar el control ambiental a partir de su tutela en los ordenamientos jurídicos, desde el Derecho Administrativo hasta el Derecho Administrativo Ambiental, consultar las obras de María del Carmen, CARMONA LARA *Derecho Ambiental.* México. p.12 Silvia, JAQUENOD DE ZSOGON *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. España. pp.5-28. Paulo, DE BESSA ANTUNES. *Derecho Ambiental*. Brasil. pp.211-253. Fernando, DI TRINDADE AMADO *Derecho Ambiental Ezquematizado.Brasil.*pp.118-159. Mercedes, DÍAZ ARAUJO *Derecho Ambiental. Poder de policía*. España. pp.1-20

En la Unión Europea se evidencian los resultados analizados de la producción científica de juristas en relación a los resultados académicos y prácticos sobre la Auditoría[78], coinciden al señalar que la protección del bien jurídico ambiental se materializa a partir del texto Constitucional, las Leyes generales del Ambiente, en Códigos Ambientales; en su conjunto conforman un núcleo estable a nivel normativo, brindan solidez y sustento para el posterior desarrollo de políticas ambientales públicas al incorporarse los principios de economía y contabilidad ambiental.[79] Prosiguen en sus criterios al confirmar el uso de la auditoría ambiental, con el uso complementario de las normas ISO, las normas EMAS y las Directrices de las EFS; permiten detectar deficiencias, irregularidades en acatar la legislación ambiental de acuerdo a un proceso productivo o productos para propiciar opciones de mejora y uso racional de los recursos naturales, disminuir la huella ambiental generada vinculada a la contaminación, la exigencia de la responsabilidad ambiental objetiva ante la comisión de daños, la aplicación de incentivos fiscales[80], el tributo ambiental vinculado al vertido, los servicios ambientales, la cobertura económica a través del seguro ambiental y la responsabilidad social empresarial al obtenerse la certificación ambiental.[81] Señalan su vínculo con el desarrollo socio-económico al conformar-

[78] El criterio desde posiciones jurídicas en la Unión Europea en torno al control ambiental, con la aplicación de las herramientas de gestión (Auditoría), consultar las obras de Dionisio, FERNANDEZ DE GATTA SANCHEZ *Derecho Ambiental, aspectos generales sobre la protección jurídica del medio ambiente.* España.p.4 Ramón, MARTIN MATEO *Manual de Derecho Ambiental.* España. pp.11-119

[79] *Hacia una economía verde. Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza.* PNUMA. hptt//www.unep.org/greeneconomy. Coincide Alberto, BARRATERO MARIA. *La metodología ABC en la acumulación y distribución de los costos medioambientales*. En Revista de la Universidad de Los Andes No. 4. Colombia. 2011.pp.37-67

[80] Juan, TERAN CONTRERAS, Juan. *Instrumentos fiscales de la gestión ambiental*. Políticas de control de contaminación, la reducción de índices contaminadores, los estándares ambientales y la aplicación de sanciones. En Revista de Economía Aplicada No. 29. España. 2009. pp.1-12 María, IBARRARÁN VINIEGRA. *Externalidades, Bienes Públicos y Medio Ambiente.* Editora Universidad de las Américas. México D.F. 2010. pp.1-15

[81] Ismael, LASAGABASTER HERRARTE. *Medio Ambiente y obligación de difusión por la Administración Pública*. Editora Lette. España. 2009. pp.59-88 INTOSAI. EFS. *Auditoría Ambiental y auditoría de regularidad*. http://www.intosai.org. 2010. Victoria, RUBIO CALDUCH. *La gestión ambiental en la pequeña y mediana empresa*. Cámara de Comercio y Medio Ambiente. España. 2010.pp.1-16

se los tres pilares fundamentales del desarrollo sostenible.[82]
En síntesis, esta tipología de auditoría, luego de los análisis realizados desde los saberes académicos y prácticos, por su impacto socio -económico a partir de los resultados de su aplicación como herramienta de gestión, preservará y mitigará los problemas ambientales al conocerse los índices de contaminación, permitirá trazar estrategias por parte de los empresarios como las técnicas de construcción "verdes" in situ que hoy se socializan en el mundo; realizada por las Contralorías al permitir evaluar los resultados obtenidos por las empresas estatales en la adecuada, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público de los recursos naturales y del medio ambiente, en su llamado por la Ley de vigilar y realizar el control fiscal ambiental. [83] Dentro de esta economía globalizada, asociada a modelos de desarrollo basados en las leyes del capital y valores éticos que justifican el deterioro de los ecosistemas y la pérdida de la biodiversidad, al existir una injusta distribución de las riquezas, que propician el aumento de la pobreza, vinculados a los procesos de homogeneización cultural, orientados a exportar patrones insostenibles de consumo que caracterizan a estas sociedades económicas desarrolladas; elementos sustantivos de la problemática ambiental al incidir de manera desequilibrada y desfavorable entre el Norte y el Sur. Por lo que esta herramienta estudiada, entrará a jugar un rol para lograr el equilibrio entre los avances tecnológicos y la naturaleza.

[82] Raúl, CANOSA USERA. *La incorporación de intereses ambientales en los ordenamientos jurídicos.* La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos. Editora Marcial Pons. España. 2002. pp.7-76 Mario, RUIZ GARIJO *Más de diez años de Responsabilidad Social Empresarial. ¿Para cuándo su regulación jurídica y el establecimiento de incentivos fiscales?* En Revista Economía Nº7. España. 2011.

[83] Técnica constructiva aplicada en Japón, ejecuta técnicas verdes in situ por el sector constructivo; han ideado y adoptado medidas para mejorar equipos y procesos, para controlar y reutilizar los desechos. *Las tecnologías ecológicas*. Editora Apienergía. PNUMA.2010. pp.7-19 hptt//www.pnuma.org

## 3. Conclusiones:

La multidimensionalidad de esta tipología de auditoría, analizada a partir de sus características identitarias, reconocida por la doctrina como el proceso que examina de manera exhaustiva los equipos y tecnologías en una empresa, evalúa los índices de contaminación, los riesgos generados, informa a los empleados sobre la problemática ambiental para que apliquen buenas prácticas ambientales, evalúa la política y la normativa ambiental para determinar medidas correctivas y preventivas que se precisen al practicarse esta actividad de control ambiental, se ejecuta de forma voluntaria u obligatoria por las Contralorías o Sociedades Civiles de Auditoría acreditadas en correspondencia del país; en materia legal su regulación se declara en los ordenamientos jurídicos desde el texto constitucional, como desarrollador de la normativa sustantiva ambiental y en leyes especiales, de manera supletoria son utilizadas las normas ISO 14000, 19011 y las EMAS, como otras normas jurídicas vinculadas a la salud y a la protección del medio ambiente laboral, su naturaleza jurídica es proteger el bien jurídico ambiental como bien público, se vincula como actividad de control con otras herramientas de gestión como son la Evaluación de Impacto Ambiental, la Licencia Ambiental y con la aplicación de instrumentos contables e incentivos fiscales para su desarrollo.

Los elementos objetivos, aparecen definidos a partir de su práctica, en un programa como proceso sistémico, a través de un procedimiento a realizarse por los equipos de auditores, integrado por profesionales de diversos saberes, de ahí que se reconozca su interdisciplinariedad, transdisciplinariedad y multidisciplinariedad, se ve materializada a través de un contrato de servicios; los empresarios la solicitan para conocer los índices de contaminación generados por su empresa y en que niveles permisibles están, su resultado final se concretará con la entrega de la certificación ambiental, se aplicará dentro del respeto a los indicadores de la responsabilidad social empresarial. Sus resultados serán comunicados en el informe final de la auditoría por el equipo auditor, están implicados los auditados en relación con las deficiencias detectadas en el control ambiental como sujeto pasivo, siendo exigible la responsabilidad ambiental.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 16-62

Los elementos subjetivos para su práctica, se reconocen a partir de su ejecución en la empresa estatal, no estatal u otras formas de gestión; al aplicarse las normativas Ambientales y de Auditoría, las normas y principios Contables, las normas ISO y las EMAS, en su conjunto permiten armonizar progreso y naturaleza a través de la aplicación del fomento ambiental como una de estas políticas públicas para lograr la sostenibilidad, meta del PNUMA dirigida a estos gobiernos. Todos estos postulados inciden en el cambio propuesto para modificar los patrones de la cultura organizacional y en la conducta del empresariado en la organización auditada, en relación con los modos de actuación en materia de protección ambiental para formar una conciencia ambiental adecuada. Permitirán a las empresas sean reconocidas como industrias limpias, con los beneficios incorporados a través de una imagen positiva en relación a las ventas y obtención de ganancias en el mercado de su producción o servicios que comercialicen ante las barreras comerciales establecidas y tener acceso a coberturas a través de pólizas ambientales ante sucesos eventuales o fortuitos vinculados al medio ambiente.

Esta tipología de auditoría, aparece regulada dentro de los ordenamientos jurídicos como una actividad de control o servicio público dirigida al sector estatal, no estatal u otras formas de gestión; es ejecutada a través de normativas jurídicas ambientales y procedimientos administrativos establecidos por las EFS para su concreción como elementos formales, al permitir corroborar las evidencias del control practicado.

En el orden teórico, los criterios académicos sobre esta tipología de auditoría, se reconoce concebida dentro de las herramientas de gestión ambiental, a partir de la sistematización de su concepto como institución jurídica para proteger al bien jurídico ambiental, desde la doctrina ius administrativa hasta la ius ambientalista, como contribución a los presupuestos teóricos concebidos a partir de su íter histórico, orígenes, principios, evolución, tratamiento doctrinal y legislativo dentro de los ordenamientos jurídicos, la complejidad de los fenómenos asociados a diversas circunstancias para su ejecución, matices socioculturales y económicos, con el fin de su mejora y aplicabilidad en el sector estatal. De su desempeño adecuado dependerá que se logre producir sin afectar el medio ambiente, con la buena marcha de los procesos de planificación,

organización, ejecución, control y evaluación de la gestión ambiental, dependerá que se cuente con un ambiente sano (calidad de vida) y ecológico equilibrado, asociado a programas de gestión de residuos, evaluación de las cargas ambientales; tal y como se reconoce a partir del texto constitucional para el desarrollo sostenible a través de las empresas ecológicas.

El vínculo con otras normativas jurídicas, para conocer los niveles de eficiencia y eficacia, adecuadas con la realidad a la que pretenden dirigirse, en la construcción apropiada de las normativas y de los órganos, organismos e instancias encargados de promoverlas y vigilar su respeto, a través de los mecanismos regulados en las materias de Derecho Civil, Administrativo y Penal en relación a la exigencia de la responsabilidad se reflejan en la práctica de esta actividad de control ambiental.

La evolución de esta actividad de control ambiental, su íter desde sus orígenes hasta el siglo actual, el tránsito desde las ciencias contables hacia las jurídicas, con la adición de nuevos elementos incorporados en las etapas analizadas, la hacen más completa y moderna, en relación con los problemas ambientales actuales. Reconocida como institución jurídica desde el Derecho Administrativo como eje trasversal del Derecho Ambiental, dentro de las herramientas de gestión ambiental con la inserción de otras herramientas e instrumentos que conformarán en su práctica la industria ecología y transitar hacia la meta del desarrollo sostenible.

**BIBLIOGRAFIA:**

1. AFONSO DA SILVA, J. Direito Ambiental Constitucional, Editora Método. Brasil. 2009.
2. AGUILERA KLINT, F. De la economía ambiental a la economía ecológica. Editora Icaria. España. 2010.
3. AGUILAR TORRES, J. La responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente y su regulación en México. Editora Redipal. México D.F.2010.
4. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. Elementos básicos para el trabajo del inspector ambiental estatal. CITMA. Cuba. 2009.
5. ALVES SILVA, L.F. Derecho Ambiental. Editora Lumen. Brasil. 2014.

6. ÁLVAREZ, A. y otros. Responsabilidad civil por daño ambiental. Instituto de Derecho comparado de la Academia de Derecho de Córdova.Argentina.2010.
7. ANTUNES BARREIRA, P. Derecho Ambiental. Universidad de Goias. Brasil. 2010.
8. ARMISÉN CAUSARANO, J.P. Concepto, alcances y resultados actuales de la auditoría ambiental. Universidad Nacional de México. México. 2008.
9. ARNER GUERRE, A. Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental. Universidad de Zaragoza. España. 2013.
10. ARISTAZABAL OSSA, H. Auditorías ambientales. Contraloría General de Colombia. Colombia. 2010.
11. ARIAS MENDOZA, J. J. Bienes y servicios ambientales. Revista de estudios de economía aplicada. España.2010.
12. ARIÑO ORTIZ J. M. y otros. Significado actual de la noción de servicio público. El nuevo servicio público. Editora Marcial Pons. España. 1997.
13. BASURTO GONZÁLEZ, D. Responsabilidad Social y Ambiental en las Empresas. Revista Política y Gestión Empresarial. México. 2012.
14. BESARES ESCOBAR, M.A. Derecho Penal Ambiental. Editora Porrúa. México D. F. 2011.
15. BELLMONT, Y. El concepto de justicia ambiental. En elementos para una teoría de la justicia ambiental y el estado ambiental de derecho.1era ed. Universidad Nacional de Colombia.2012.
16. BERNAL PEDRAZA, A.Y. Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible. Universidad Externado de Colombia. 2009.
17. BERNAL PISFIL, F. Auditoría Ambiental o Ecoauditoría. Revista Actualidad Empresarial, Nº 201.Colombia. 2010.
18. BELMONTE MARTIN, I. La Ecoauditoría: un instrumento para la defensa del medio ambiente. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche. España. 2009.
19. BERMEJO VERA. La Administración inspectora. Editora Thomson Civitas. España. 2008.
20. BIONDI, M. En busca de aportes teóricos para lograr la identidad de la contabilidad ambiental. Revista Contabilidad y Auditoría.

Nº 32. Universidad de Buenos Aires. 2010.
21. BOTASSI, C. A., Derecho Administrativo Ambiental. Editora Platense S.R.L. Argentina.1997.
22. BOTERO VILLEGAS, R. Marco Legal del Control Fiscal Ambiental. Contraloría General. Colombia. 2010.
23. BONILLA PRIEGO, M. Algunos problemas en la determinación del coste medio ambiental en la empresa. Revista de Técnica Contable. No. 615. España. 2000.
24. BOJÓRQUEZ-TAPIA, L. y otros. Aspectos metodológicos de la auditoría ambiental. PEMEX: ambiente y energía. Los retos del futuro. Serie E no. 69. UNAM. México D.F. 1998.
25. BORREEGAARD, N. Sistemas de incentivos financieros para la introducción de tecnología ambiental. Instrumentos económicos de la política ambiental. Política Tributaria e Impuestos Ecológicos. Editora Ambiente y Desarrollo. Argentina. 1997.
26. BOKOBO MOICHE, S. Gravámenes e incentivos fiscales ambientales. Revista Trivium. España. 2000.
27. BOWEN, H. La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes. Estados Unidos de América. 1953.
28. BURDYSHAW, C. Experiencia de otros Tribunales Ambientales en el Mundo. Revista Justicia Ambiental. No.4.Chile.2011.
29. BRAÑES BALLESTEROS. R. La Fundación del Derecho Ambiental en América Latina. Chile. 2003.
30. BRACAMONTES ALDANA, J. Marco legal de las auditorías ambientales en el mundo. La protección ambiental con la combinación de legislación, regulación y políticas voluntarias a la industria. UNAM. México D.F.1994.
31. BRANDON, J. Reingeniería. Como aplicarla con éxito en los negocios. Editora Mc Grac Hill. España. 1995.
32. CARDONA GALLO, M. Minimización de Residuos: una política de gestión ambiental empresarial. Revista P+L. Colombia D.C. 2007.
33. CARMONA LARA, M. Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México. UNAM. México D.F. 2005.
34. CAFFERATA, N. A. Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental. Editora INE- Semarnat. México D.F. 2008.
35. CAFFERATA, N. A. Teoría de los principios del Derecho

Ambiental. Editora INE- Semarnat. México D.F. 2004.
36. CANOSA USERA, R. Protección constitucional de los derechos subjetivos ambientales. Editora Montecorvo. España. 2011.
37. CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. Estudios sobre Derecho del Ambiente. Editora Hnos. Vadell. Venezuela. 2011.
38. CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. Necesidades y potencialidades del Derecho Ambiental cubano. CITMA. Cuba. 2012.
39. CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. Nuevas normas sobre responsabilidad civil por daños derivados del manejo de productos y desechos químicos. I congreso de política, derecho y justicia ambiental. CITMA. Cuba. 2013.
40. CASTAÑEDA LOZANO, Y. El Ciudadano Ambiental. Revista Universidad de La Salle. Colombia. 2010.
41. CALDERÓN BERTHENEUF, J. La Auditoría Ambiental en México. PROFEPA. México. 2011.
42. CONESA FERNÁNDEZ, V. Auditorías Medioambientales: guía metodológica. España. Editora Mundi-Prensa. España. 1997.
43. CONESA FERNÁNDEZ, V. Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa. 1era ed. Editora Mundi - Prensa. España. 2003.
44. DA CONCEIÇÃO DA COSTA MARQUES, M. La problemática de la Auditoría Ambiental. Universidad de Coímbra. Portugal. 2012.
45. DE BESA ANTUNES, P. Direito Ambiental. Ed. 14, Editora Lumen Juris. Brasil. 2010.
46. DIEZ SANCHEZ, J. Función Inspectora. Editora Iustel. España.2009.
47. DOPAZO FRAGUÍO, P. El Régimen Jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental. Editora Exlibris.1ª Ed. España.2001.
48. DUGUIT, L. Las transformaciones del Derecho Público. Editora Colin.3ª ed.París.1925.
49. DROMI, J.R. Tratado de Derecho Administrativo. 7ma ed. Editora Ciudad Argentina. Argentina. 1998.
50. EGUSQUIZA PEREDA, C. Auditoría ambiental. UNAM. México. 2006.
51. ESCALERA IZQUIERDO, G. Implantación de la reingeniería por procesos. Actividades, técnicas y herramientas. Revista del Empresario. España. 1999.

52. FERNÁNDEZ DE GATTA, D. Derecho Ambiental. Aspectos generales sobre la protección jurídica del medio ambiente. Universidad de Salamanca. España. 2006.
53. FERNÁNDEZ DE GATTA, D. La responsabilidad social corporativa en materia ambiental. Boletín económico ICE. España. 2004.
54. FERNÁNDEZ RAMOS, S., La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental. Revista Derecho Ambiental No 24. España. 2000.
55. FERNÁNDEZ RAMOS, S. Inspección administrativa y la potestad sancionadora. En Blanca Lozano Cutanda. Diccionario de las sanciones administrativas. Editora Iustel. España. 2010.
56. FERNÁNDEZ RAMOS, S. La inspección ambiental estatal. Editora Comares. España. 2009.
57. FRONTI DE GARCÍA, L. y otros. La auditoría ambiental, un nuevo enfoque profesional. Revista contabilidad y auditoría. No 18. Argentina. 2003.
58. FRONTI DE GARCÍA, L. Contabilidad Ambiental, segmento contable para el Siglo XXI. Ediciones Cooperativas. Argentina. 2007.
59. GARCÍA ENTERRÍA, E. y otros. Derecho Administrativo. Editora Félix Varela. Cuba. 2005.
60. GÓMEZ GARCÍA, L.E. La Auditoría Ambiental ¿voluntaria u obligatoria? Revista Derecho Ambiental y Ecología. Universidad Anahuac-Universidad Soborna de Paris. México D.F. 2011.
61. GOMEZ LOPEZ, R. Generalidades de la Auditoría. Revista Universidad de Málaga. España. 2009.
62. GONZÁLEZ MALAXECHEVARRÍA, Á. La Auditoría Medioambiental, su evolución histórica y entorno político-institucional. España. 1997.
63. GORDILLO, A. Tratado de Derecho Administrativo. 8va ed. Editora Macchi. Argentina. 2006.
64. GRAY R. y otros. Contabilidad y Auditoría Ambiental. Editora ECOE. España. 1999.
65. GRANERO CASTRO, J. Como implantar un sistema de gestión ambiental según la norma ISO. Editora Pirámide. España. 2007.
66. JAQUENOD DE ZSOGON, S. Derecho Ambiental, preguntas y respuestas. Editora Dykinson. España. 2001.
67. JAQUENOD DE ZSOGON, S. Derecho Ambiental. Editora

Dykinson. España. 2004.
68. JORDANO FRAGA, J. Viejos y Nuevos retos de la Evaluación de Impacto Ambiental. Revista Derecho y Medio Ambiente. España. 2010
69. JUSTE RUIZ, J. La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente. Universidad de Valencia. España. 2007.
70. JUSTE RUIZ, J. Hacia un convenio mundial sobre las evaluaciones ambientales. Revista Aranzadi. no. 23. España.2012.
71. JUSTE RUIZ, J. Derecho Ambiental de la Unión Europea. Universidad de Valencia. España. 2010.
72. LÓPEZ SELA, P. Derecho Ambiental. Editora Iure. México. 2006.
73. LORENA BARILÁ, G. Auditoría Ambiental: El camino hacia el logro de una ventaja competitiva. Universidad de Ciencias Económicas. Argentina. 2002.
74. LORENZO, T. Auditoría Ambiental voluntaria. Marco jurídico ambiental de la empresa. Revista Novedades y perspectivas. México. 2009.
75. LORENZETTI, R. L. Teoría del Derecho Ambiental. 1era ed. Editora Porrúa. México. 2008.
76. LOZANO CUTANDA, B. Derecho Ambiental Administrativo. 5ta ed. Editora Dykinson. España. 2004.
77. MARTÍN MATEO, R. Tratado de Derecho Ambiental. Vol. I. 1ra ed. Editora Trivium S.A. España. 1991.
78. MARTÍN MATEO, R. El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental. Editora Trivium. España. 1994.
79. MARTÍN MATEO, R. Derecho Administrativo Ambiental. 6ta ed. Editora Trivium. España. 1997.
80. MORA RUIZ, M. Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: Transformaciones en el Derecho Administrativo general. Revista Derecho y Conocimiento. España. 2012.
81. MURAD ROBLES, P. La Auditoría Ambiental voluntaria. Instituto Nacional de Ecología. Semarnat. México D.F. 2009.
82. MIRANDA HERNÁNDEZ, G.I. La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. Revista Cuadernos de Inspección del Territorio. España. 2012.
83. NOGUEIRA LÓPEZ, E. Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial. Revista Indret. España. 2000.

84. PÁEZ SANDUBETE. La Auditoría Medio Ambiental en la Unión Europea, una perspectiva contable. España. 2008.
85. PÉREZ MORENO, A. Instrumentos de la tutela ambiental. Universidad de Sevilla. España. 2011.
86. REY SANTOS, O. Fundamentos del Derecho Ambiental. Editora Ciabo. ONBC. Cuba. 2013.
87. REBOLLO PUIG, M. La actividad Inspectora. Editora Comares. España. 2009.
88. RIVERA, L.M. Marketing de los productos ecológicos. Revista de la Empresa. España. 2010.
89. SANZ RUBIALES, I. Derecho Administrativo Sancionador. Editora Lex Nova. España. 2010.
90. SANCHEZ MORON, M. Derecho Administrativo.6ta ed. Editora Tecnos. España.2010
91. SALES DE FREITAS, J. C. Auditoría Externa Ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente. Revista De Jure. No. 20. Brasil. 2013.
92. SALES, R. Auditoría Ambiental, aspectos jurídicos. Editora Malheiros. Brasil. 1999.
93. SOTO HUANCA, R. La Auditoría Ambiental y su proceso en el contexto de la auditoría integral. Revista Ciencia y Desarrollo. España. 2010.
94. SERRANO GÓMEZ, C. El Etiquetado Ecológico. Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente. España. 1995.
95. VITA ROSO, J. La auditoría jurídica perfecciona la gobernabilidad de las empresas. Editora Método. Brasil. 2011.

# DESDIBUJO DE UN CAMINO TRILLADO, HACIA UNA NUEVA SENDA DEL TRABAJO DOMÉSTICO.

**Dra. Elena Polo Maceira**
Profesora Titular
Facultad de Derecho
Universidad de Oriente
República de Cuba
Email: epol@fd.uo.edu.cu

**MsC. Irissol Leyva Crespo**
Profesora Asistente
Especialista Jurídica de Transconsul

**MsC. José Martí Velázquez**
Asesor Jurídico

**SUMARIO:**

1.Introducción.
2. La transición del trabajo doméstico de la esclavitud a la relación jurídica laboral.
3. El status jurídico del trabajo doméstico.
4. Nuevas realidades en cuanto a trabajo doméstico en el ordenamiento jurídico cubano.
5. Conclusiones.

**RESUMEN:** Este artículo versa sobre el tránsito del trabajo doméstico de una visión esclavista a una alternativa de empleo digna con fuerte incidencia social para el trabajador, los beneficiarios y el desarrollo económico-social. Inicialmente ofrece una contextualización histórica de la institución contentiva de su surgimiento y naturaleza jurídica donde aún se mantiene la precariedad laboral. Sucesivamente se caracteriza esta labor por: la pertenencia al sector informal, la remunerabilidad, la dependencia, la ajenidad, bajos ingresos, inadecuadas condiciones de trabajo, bajo grado de organización colectiva y escasas posibilidades de promoción laboral.

Entre sus actividades están las de reproducción, ejecución, gestión, socialización y atención afectiva. En Cuba no está reconocido de manera especial y su protección jurídica se refrenda como parte del trabajo por cuenta propia, desconociendo su ajenidad y condiciones específicas de regulación como relación jurídica laboral. La figura del contrato en el trabajo doméstico está mayormente sometida a la voluntad de partes, soslayándose las garantías del trabajador doméstico; además carece generalmente de formalidades. Este trabajo tiene relevancia porque existe un incremento del empleo doméstico y su aporte social, para el desarrollo de la mujer, los discapacitados y el bienestar familiar; sin embargo es insuficiente su protección jurídica.

**ABSTRACT:** This article approaches the road of domestic work since a slave work vision until a decent employ alternative with strong social influence for worker, beneficiary and economic-social development. Firstly a brief historical review about its birth and juridical origin, domestic work keeps today a labor precarious. It's main characteristics are: informal, remunerable, dependent, subordinate, low earned income, little organization lever, inappropriate works conditions and limited labor promotion possibilities. There are different kinds of domestic work such as: reproduction, execution, running, socialization and affective care. In Cuba this work doesn't regulate specially, it is regulated as to work for oneself; isn't recognized as dependent work, neither its special conditions as a labor juridical relationship. The contract in domestic work is principally subject to parties will, it doesn't offer enough guarantees to domestic worker and it is generally informal. This piece of work is important because domestic work increase nowadays and its social influence too, such as women and disabled people development and family welfare; nevertheless juridical protection is insufficient.

**PALABRAS CLAVES:** doméstico, cuenta propia, cuenta ajena, sector informal, precariedad laboral

## 1. Introducción

Históricamente el trabajo doméstico ha estado vinculado a la esclavitud, al colonialismo y a otras formas de servidumbre, los individuos que tradicionalmente han desempeñado tareas domésticas han sido marginados y excluidos; por tanto, más alejados de las conquistas sociales que el resto de los trabajadores han alcanzado y disfrutado. A pesar de su poco reconocimiento social, de ser calificado como un trabajo invisible, en la actualidad es un fenómeno mundial; por su naturaleza, peculiaridades y su tendencia al incremento, se ha convertido en una alternativa para la solución de los impactos cada vez más graves causado por la crisis mundial del empleo en las precarias condiciones de subsistencia de millones de personas. Tales razones han conllevado al crecimiento de la conciencia en los diferentes actores sociales a nivel global sobre la necesidad de brindar una mayor protección a los derechos de los trabajadores domésticos.

Dicha incidencia ha encontrado repercusión en los ordenamientos jurídicos de muchos países, algunos códigos laborales; así como han surgido leyes especiales para regular tal actividad. El máximo nivel legislativo alcanzado se ha logrado con la formulación del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado internacional vinculante para los Estados miembros signatarios y la Recomendación 201, guía más detallada sobre la forma en que el Convenio puede ser llevado a la materialización.

Estos instrumentos cubren a todos los trabajadores domésticos, se consideran medidas especiales para proteger a las personas que puedan estar expuestas a riesgos adicionales debido a su corta edad, a su nacionalidad, o a su condición de alojamiento; incluyen horas de trabajo razonables, descanso semanal de al menos 24 horas consecutivas, un límite a los pagos en especie, información clara sobre los términos y las condiciones de empleo, así como el respeto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, incluyendo los de libertad sindical y negociación colectiva. No obstante a ello, el establecimiento formal de determinadas regulaciones, por sí solo, no garantiza debidamente la protección de los derechos laborales de los trabajadores domésticos.

El presente artículo tiene como objeto la relación jurídica individual que se establece entre el empleador y el empleado en el ámbito

doméstico, especialmente en Cuba; como alternativa de empleo resulta una actividad de significativa importancia, trascendencia a nivel internacional y también para Cuba, donde acontece hoy una efervescencia legislativa como consecuencia del reordenamiento laboral a tono con la actualización del modelo económico. Implica tal empeño la adopción de políticas y medidas, entre las que se encuentra el incremento de las actividades del trabajo por cuenta propia y con ello el crecimiento del sector informal en cuyo contexto el trabajo doméstico también tiene su espacio.

## 2. La transición del trabajo doméstico de la esclavitud a la relación jurídica laboral.

El trabajo doméstico aunque tiene sus particularidades en cada país, resulta inobjetablemente asociado su surgimiento a condiciones de dependencia, en no pocos casos a la más brutal y cruel esclavitud; esta actividad en el transcurso de su evolución adquirió determinadas peculiaridades conforme al contexto. Durante siglos tal labor, carente de los más elementales derechos, a merced de los caprichos y malos tratos de los empleadores inescrupulosos y de otros miembros de la familia contratante, especialmente incluida la explotación sexual; llega hasta los momentos actuales todavía como una ocupación marginada y desvalorizada, sobre todo en los países subdesarrollados. Un poco más humanizado este trabajo por la democratización de las relaciones socioeconómicas y los avances tecnológicos, aún le queda bregar por la justicia.

Tradicionalmente los trabajadores domésticos vivían en los hogares de sus empleadores. La evolución social ha reducido en buena medida esta circunstancia que todavía permanece para el cuidado de ancianos, en grandes mansiones y en algunos países subdesarrollados. Vivir en casa del empleador en principio facilitaba techo y alimentos pero, en muchas ocasiones, se convertía en el único pago o recompensa al trabajador doméstico, sobre todo cuando eran niñas o adolescentes. En los domicilios urbanos las trabajadoras domésticas internas han dormido en la cocina, en cuartos sin ventana -destinados a otros fines- o en habitáculos ajenos a la vivienda principal, normalmente localizados en el sótano o en el ático.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 63-84

La exigencia de que el trabajador doméstico use un uniforme u otra indumentaria específica por parte del empleador puede o no existir, según la costumbre de cada país y de cada sector social. Si se les requiere uniforme, este es por lo general simple, y tiene sus orígenes en el Siglo XIX y comienzos del Siglo XX. Los trabajadores domésticos, a diferencia de los siervos y de los esclavos reciben un salario, ya sea en especie o en metálico, o ambas cosas, y pueden renunciar a su trabajo; esto último es relativo ya que carecen, la mayoría de las veces, de bienes con los que emprender una vida independiente.

Los empleados domésticos trabajan en su país de origen o pueden emigrar a otros, en busca de trabajo, la mayoría que trabajan en sus propios países son personas pobres originarias de áreas rurales. Muchos son emigrantes de países menos desarrollados, ante la falta de trabajo buscan empleo en países que ofrecen, a priori, mejores condiciones económicas y oportunidades laborales en el mercado de trabajo en general o como trabajadores domésticos. En el caso de los emigrantes sus derechos generales están muy restringidos al estar sometidos al permiso de trabajo o permiso de residencia y visas.

Debido a las particularidades de las labores que realizan, el colectivo de los trabajadores domésticos ha estado muy alejado de las mejoras en las condiciones de trabajo conseguidas por el movimiento sindical y obrero (retribución digna, contrato de trabajo, cotizaciones por parte del empleador, horarios reconocidos, derecho a la protección contra el desempleo, reconocimiento de pensión, etc.).

En la actualidad el incremento de la demanda de servicios domésticos se debe a la emancipación de la mujer y su incorporación en la fuerza del trabajo, la dificultad de compaginar la vida laboral y la familiar, la ausencia o insuficiencia de servicios públicos y servicios sociales estatales que cubran las necesidades domésticas -sobre todo las requeridas por niños y ancianos-, la feminización de las migraciones internacionales y el envejecimiento de las sociedades, han convertido al trabajo doméstico en un fenómeno mundial que perpetúa las jerarquías basadas en la raza, el origen étnico, la pertenencia a un grupo autóctono, la casta y la nacionalidad.

Podemos considerar al trabajo doméstico, como relación jurídica individual, generadora de obligaciones y derechos para las partes correspondientes principalmente a partir de la sociedad capitalis-

ta. La contemporaneidad demanda justicia para estos trabajadores mediante la promulgación de disposiciones jurídicas reguladoras adecuadamente de la relación laboral que se establece en el ámbito doméstico, para la protección a sus derechos laborales.

No resulta en modo alguno despreciable señalar que particularmente el trabajo en la casa, presenta riesgos psicológicos, por su carácter rutinario y repetitivo, además por el bajo prestigio social y el fallo de muchos miembros de la familia que no reconocen su contribución al bienestar colectivo; observándose las serias consecuencias de dicho trabajo para el sistema nervioso del organismo, tales como, el estrés y la fatiga visual, padecimientos más comunes de las personas que lo realizan. Por otra parte desde el punto de vista económico está situado con claridad en el mercado de trabajo secundario, donde imperan, los bajos ingresos, las malas condiciones de trabajo, el bajo grado de organización colectiva, los altos índices de economía irregular y de trabajo precario, ya sea temporal u ocasional, y nulas posibilidades de promoción laboral.

En lo referente al sector doméstico existe una mayoría que se desempeña por "cuenta propia" (las amas de casa) y dos grupos minoritarios: uno que trabaja como "ayuda familiar" (familiares que conviven y aportan trabajo) y otro que lo hace por "cuenta ajena", siendo estos últimos, los trabajadores domésticos que tienen con sus empleadores establecida una relación de dependencia, mediante la que le prestan determinados servicios a cambio de una remuneración. Esta última centro de nuestra atención considerada habitualmente una actividad económica, en la medida en que se trata de un empleo por cuenta ajena mediante el cual se obtiene una retribución monetaria. Sin embargo, se trata de un empleo con características peculiares, dado que sirve para reemplazar o complementar la actividad doméstica del "ama de casa" considerada durante ancestralmente económicamente inactiva.

Se establecen diferencias entre el **trabajador por cuenta propia** y el trabajador por cuenta ajena: en el primero el producto de su trabajo queda de su propiedad, le pertenece bajo título de dominio y naturalmente los riesgos derivados del trabajo recaen sobre el mismo interesado con el resultado de su actividad, se da un vínculo real, supone derecho de dominio u otros de naturaleza real, ejercida sobre los productos del trabajo resultantes de la propia


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 63-84

actividad. En cambio en el **trabajador por cuenta ajena** los resultados de esa actividad son propiedad del empleador y los riesgos derivados de la ejecución están recaen también sobre este, lo cual no significa que quien realiza el trabajo no comparte determinados tipos de ellos, incluso que asuma algunos de carácter especial; la base de la relación es un vínculo obligacional interpersonal, una de ellas (trabajador o deudor del trabajo) presta un trabajo por cuenta de otro (empresario o acreedor de un trabajo).[1]

La mayoría de los países incluyen en su legislación nacional una definición del "trabajo doméstico" o del "trabajador doméstico" aludiendo a un conjunto de características, que revelan por sí mismas su compleja naturaleza:

- El lugar de trabajo es un hogar privado.
- Las tareas consisten en servir a las personas del hogar, para su bienestar y conveniencia.
- El trabajo se ejecuta bajo la autoridad, las órdenes y la supervisión directa del empleador y/o de la empleadora.
- Para constituir una relación laboral, el trabajo debe ser regular y con continuidad.
- El empleador no debe derivar beneficio pecuniario de la actividad del empleado doméstico.
- El trabajo se hace a cambio de una remuneración en efectivo y/o en especie (considerando como tal los alimentos y alojamiento que entrega su empleador).
- El sitio de residencia del empleado no es determinante para la definición de la ocupación (puede pernoctar o no en la residencia de su empleador).

Conforme a estudios que se han realizado particularmente en la región latinoamericana, la valoración sobre el trabajo doméstico, resulta difícil, teniendo en cuenta la existencia en torno a dicha actividad de múltiples dificultades metodológicas y conceptuales, además de la concurrencia de relaciones en los ámbitos, familiar y económico mezcladas. Una definición objetiva del trabajo doméstico plantea varios problemas:

[1] ALONSO GARCÍA, Manuel, Derecho del Trabajo. Editorial Artes Gráficas Benxul s.a Madrid 1993. p. 124

- Ciertas actividades producen un valor doméstico pero no son consideradas como tal trabajo como son, la atención y cuidado de personas (hijos e hijas y personas enfermas o incapacitadas) y las actividades de ocio productivo.
- El proceso de valorización o producción de valor doméstico, está impregnado por una serie de actividades de organización y gestión que permanecen ocultas, y que son englobadas bajo ciertas formas tópicas de consideración con el término "llevar una casa¨

Por tal motivo se generan diferentes posiciones al respecto

Para Erika CERVANTES[2], el trabajo doméstico es el conjunto de actividades obligatorias y gratuitas que se realizan en todos los hogares como parte de las medidas para dignificar la calidad de vida, que incluyen cuestiones de higiene y salud (lavar, planchar, cocinar, cuidar, arreglar y servir).

En cambio, Lissete GONZÁLEZ, integrante del Colectivo Atabal, A.C., señala que el trabajo doméstico "no es una simple suma de tareas caseras, es además el eje central para mantener un equilibrio efectivo y afectivo, entre necesidades y deseos de todos los integrantes de la familia." [3]

Por su parte, BARAJAS MONTES DE OCA, manifiesta que al trabajo doméstico se le define como, "el prestado por la persona que se encarga de los servicios de aseo, asistencia y de más propios o inherentes al hogar de una familia".[4] También comenta que, "el trabajo doméstico está en vía de alcanzar el rango que le corresponde en la vida social, el que presta un servicio doméstico es trabajador sin otra hipérbole y por tanto sujeto de disposiciones legales, el doméstico es hoy motivo de protección laboral y buen cuidado se ha tenido que ha pretexto de una relación cuasi familiar se le mantenga

[2] CERVANTES Erika, *Trabajo doméstico***,** tomado de comunicación e información de la mujer, en http://www.nodo50.org/mujeresred/trabajo-domestico.htm, consultado el 18 de enero de 2012.

[3] GONZÁLEZ Lisette, *Trabajo doméstico***,** tomado de comunicación e información de la mujer, http://www.nodo50.org/mujeresred/trabajo-domestico.htm, consultado el 18 de enero de 2012.

[4] BARAJA MONTES DE OCA, Santiago, Los Contratos Especiales del Trabajo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p.72.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 63-84

en situación de minusválido y sin garantía de sus intereses".[5]
Lo cierto es que esta realidad social ha trascendido los marcos e impactos de una discusión hogareña para adquirir los ribetes de un fenómeno social redimensionado ante nuevos contextos para contribuir al estímulo del desarrollo de la mujer con capacidades y aspiraciones, u hombres que deciden no tener una vida tradicional de familia, así como al sustento de otras personas con otras habilidades caseras. No obstante esta altruista idea no siempre se manifiesta así, en cualquier caso requiere una protección jurídica lo más justa posible.

## 3. El status jurídico del trabajo doméstico.

La actividad del trabajo doméstico, forma parte de una amplia gama de trabajos remunerados que se realizan por cuenta ajena, generalmente en el sector informal[6]; con la particularidad de que está configurada y conformada como una categoría laboral de carácter especial, pero situada en inferioridad de condiciones respecto al conjunto de la fuerza de trabajo. El colectivo de "empleados de hogar" está configurado jurídicamente como grupo social "especial", como "trabajadores a medias", excluidos de la igualdad de derechos respecto al conjunto de trabajadores por cuenta ajena. La persistencia de esta singularidad se debe, en parte, a pervivencias ideológicas ancladas en las nociones precapitalistas de servidumbre, pero también a los actuales condicionamientos económicos (dinámica del mercado de trabajo) y a la configuración patriarcal de la sociedad (condiciones del trabajo doméstico), que afecta discriminatoriamente a los trabajos realizados por las mujeres.
El reconocimiento a la privacidad de la familia en muchos países ha dificultado la aplicación de la legislación laboral y su fiscalización en este espacio, por la aplicación del llamado derecho a la inviolabilidad de domicilio. Este principio ha servido como fundamento para las restricciones que se imponen a las labores de la Inspección de

[5] Ídem, p.87.

[6] Existen diferentes conceptos jurídicos y no jurídicos de este sector casi siempre asociados a un empleo, lícito o no, más desprotegido, generalmente precario, con una estructuración simple; pero todos incluyen en él al trabajo doméstico.

Trabajo, restricciones que garantizarían el derecho a la privacidad como expresión de los límites frente a la amenaza potencial del abuso de poder de las instituciones públicas.

A las dificultades en la aplicación de la ley que genera el ámbito privado e inviolable del lugar de trabajo, se suman otros obstáculos a la fiscalización de la ocupación, referidos principalmente al aislamiento en que se desarrollan las labores, a la débil organización sindical del sector y al escaso conocimiento que los trabajadores domésticos tienen de sus derechos. La garantía de las condiciones laborales acordadas depende en gran medida de una prueba documental, sin menoscabo del principio "in dubio pro operario" o de interpretación favorable al trabajador en caso de duda, aplicable en todas las legislaciones laborales de Latinoamérica, que equilibra este tipo de contrato respecto de la seguridad jurídica que otorga un contrato de trabajo común.

El análisis de las normas que han afectado sucesivamente a este colectivo, muestra el tránsito inacabado desde la servidumbre, hasta la relación laboral formalmente libre, característica de las sociedades capitalistas. El proceso de reconocimiento del carácter laboral del servicio doméstico ha tenido sus particularidades en varios países de la región iberoamericana, como es el caso de España, donde han estado presentes dos puntos de inflexión:

a) la prohibición del arrendamiento de servicios para toda la vida (Código Civil de 1889, artículo 1583), que viene a proscribir el vínculo de servidumbre. A pesar del avance que supuso la supresión del contrato de servidumbre, el Código de 1889 mantuvo el servicio doméstico en el ámbito del Derecho Civil.

b) el reconocimiento expreso del carácter laboral de esta actividad (Código de Trabajo, 1931). En 1931 se incluye en el Código de Trabajo el servicio doméstico hasta la actualidad. Así mismo sucedió en países de latinoamericana

A la sazón de esta separación institucional del Derecho Civil quisiéramos hacer algunas reflexiones. Distintas doctrinas han equiparado el trabajo doméstico remunerado al contrato de arrendamiento de servicios o al contrato de obra, regulados por la ley civil, pero sucede que el trabajo doméstico remunerado se diferencia del arrendamiento de servicios por la dependencia o subordinación del trabajador respecto de su contraparte, elemento discrepante al ar-


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 63-84

rendamiento de servicios. Se diferencia también del contrato de obra, por el hecho de que lo que se contrata es una actividad y no un resultado, como ocurre en este tipo de contrato. El mandato tampoco es figura contractual idónea para encuadrar este tipo de relación de trabajo, pues considera fundamentalmente la realización de un negocio por cuenta de otro, lo que es distinto de la prestación de un servicio.

BARAJAS MONTES DE OCA[7] de conformidad con CABANELAS[8], expone sobre la polémica planteada que no se le puede dar carácter laboral porque aún cuando mucho de su normativa encaja en el derecho del trabajo, califican mejor en el derecho civil, tomando en cuenta que las labores de uso, asistencia y demás del servicio interior de una casa, lugar de residencia o habitación, adquieren distinta finalidad, tal y como sucede en los hoteles, fondas, hospitales y establecimientos análogos. Para que pudiera otorgarse naturaleza laboral a la actividad realizada sería menester, según su criterio, la inexistencia de lucro y se ajuste a las necesidades de quien lo contrata. Solo mediante condiciones específicas es posible reglamentar este tipo de servicio personal.

NÉSTOR DE BUEN[9] cree al respecto, que aún cuando se pretende ubicar al servicio doméstico fuera del ámbito del derecho al trabajo, su origen parte del reconocimiento de derechos a favor de un sector de trabajadores dedicado a su ejercicio. La intervención de un sujeto, los atributos de la relación que nace y el régimen regulador de la contratación, confirma el contenido laboral de este contrato de trabajo. De ahí concluye su carácter especial y lo positivo de la legislación mexicana que no solo fue la primera en implantarlo sino ponerlo de ejemplo a otras legislaciones seguidoras de esta posición.

Independientemente de la ubicación concedida por cada ordenamiento jurídico es notable la demarcación de un sector laboral doméstico habitualmente con un vínculo frecuentemente bilateral estable de empleador y empleado, ya sea por el beneficiario de la actividad que se realiza o por alguna agencia dedicada a suministrar este servicio.

---

[7] BARAJA MONTES DE OCA, S. *ob. Cit.* p.88.

[8] CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición 2003. p.101.

[9] DE BUEN, Néstor, *Derecho del trabajo,* México, Porrúa, 1984, t. II, pp. 481-487

El trabajo doméstico tiene una naturaleza heterogénea, que se encuentra en la diversidad de ocupaciones y el grado de sofisticación involucrada en cuanto a la calidad y cantidad del producto o servicio que se ejecuta simultáneamente sin un alto grado de especialización. Para la determinación de su naturaleza resulta conveniente utilizar los criterios dados por: GALIANA MORENO y SEMPERE NAVARRO, quienes comentan que "con carácter general quedan excluidos del ámbito de esta relación laboral especial, las relaciones de trabajo en las que falte alguno de los_presupuestos configuradores de su naturaleza jurídica laboral, como la remunerabilidad, la dependencia y la ajenidad"[10], por su parte BENITO PÉREZ[11] refiere de que para determinar la naturaleza jurídica de la relación de trabajo doméstico, no basta con la índole de la actividad prestada, se requiere de la presencia de los elementos que configuran dicha relación :

1. La falta de lucro perseguida por el empleador;
2. La prestación debe estar destinada a satisfacer una necesidad personal del amo de casa o de sus familiares;
3. La convivencia.

No obstante a nuestro criterio el concepto de convivencia debería ser delimitado, en cuanto a si es solo estar en la morada de los empleadores, si exige un tiempo diario determinado o pernoctar allí; porque en cualquiera de esas formas se manifiesta la actividad. A la par de establecerse una relación laboral entre el trabajador doméstico y su empleador o patrón, bajo dirección, supervisión y subordinación, se tiende a generar y solidificar lazos personales, al efectuarse en el ámbito del hogar.

Cualquiera de los criterios dados demuestra la singularidad del trabajo doméstico, su carácter complejo y evidente complejidad, criterios diferenciantes de otras relaciones de trabajo. En España y en la mayoría de los países de América Latina está generalmente regulado por regímenes especiales de trabajo. Aunque el planteamiento de regímenes diferenciados no implica necesariamente un menoscabo de los derechos laborales, en la práctica de las legislaciones iberoa-

[10] Legislación Laboral y de Seguridad Social. 16º edición. Madrid. Septiembre 2008. p.343.

[11] PEREZ, Benito. Derecho del Trabajo. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires.1983. pp.252 - 258.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 63-84

mericanas, se consagra una menor cobertura y protección jurídica al trabajo doméstico, traducida en la precarización de este trabajo. Otro de los elementos de singularidad a tener en cuenta es que la función doméstica, agrupa un conjunto de tareas interrelacionadas para cubrir necesidades dentro de un escenario en el cual varios integrantes del grupo familiar son receptores y beneficiarios del servicio prestado, ya sea que se atienda a intereses generales o individuales. A pesar de estar definida e individualizada a la persona integrante de dicho grupo con la cual se acuerden las correspondientes condiciones del contrato y pague el salario, la asignación de labores indudablemente puede originarse de cualesquiera de los sujetos del grupo; considerándose la facultad patronal no exclusiva de un solo miembro.

Desde una óptica sociológica RUIZ, SÁNCHEZ UTAZÚ Y VALERO PICAZO[12] definen a la función doméstica como un conjunto de tareas inter-relacionadas que satisfacen una "necesidad" doméstica, es decir generan un valor de uso consumible por la unidad doméstica. Cada función incluiría tanto las tareas destinadas a cumplirla, como los procesos o distintos modos de articularse dichas tareas tanto temporal según una sucesión, como orgánicamente según sub-procesos.

De esta manera, una misma función puede ser cumplida de diferentes formas, es decir, siguiendo distintos procesos o modos de articularse las tareas, e incluso realizando distintas tareas. Esta forma de considerar el trabajo doméstico bajo el doble prisma de la tarea concreta y de la función doméstica para la que es realizada, nos permite contemplar el valor del trabajo "oculto" de organización y gestión doméstica. Así, cada función tendría el valor resultante de la suma de los valores parciales de todas las tareas realizadas para su consecución, más el valor añadido de su planificación, organización y gestión. La clasificación, las modalidades y el contrato del trabajo doméstico, son tres aspectos de significativa importancia que se interrelacionan y le proporcionan a este tipo de ocupación laboral un basamento teórico y práctico. La clasificación nos permite ordenar un conjunto de elementos a partir de la determinación de un criterio, indicadores de cómo pueden ser agrupados bajo una misma

[12] RUIZ, J, SÁNCHEZ UTAZÚ, VALERO PICAZO. *Trabajo doméstico*,http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/trabajo_domestico.htm, consultado 18 de enero de 2012

denominación, diversas actividades o tareas; las que se realizan en plena correspondencia con la modalidad contratada.

El trabajo doméstico como parte de un proceso destinado a la producción de bienes y servicios a favor de la satisfacción de las necesidades de todos los miembros del grupo familiar o de la unidad doméstica, incluye un conjunto de tareas que se clasifican, por lo regular, de la manera siguiente:

- De reproducción: gestación, alumbramiento, lactancia materna o artificial, planificación de la natalidad, etc.;
- De ejecución: que están dirigidas limpieza, alimentación, vestido, guardería, jardinería, conducción de vehículos, etc.
- De gestión: gerenciamiento, delegación de funciones de ejecución, y otras; y
- De socialización y atención afectiva: dirigidas al cuidado no material de quienes integran una familia.
- Conforman institucionalmente un complejo y extenso conjunto de posibilidades que se resumen e integran comúnmente en:
- Empleado interno (con pernoctación), también denominado puertas adentro o sin retiro;
- Empleado externo ( sin pernoctación), también denominado puertas afuera o con retiro;
- Empleado que tiene a su cargo la responsabilidad global del hogar:
- Empleado que tiene a su cargo las tareas domésticas más especificas.

La precariedad laboral del trabajo doméstico es característica de las distintas modalidades en esta actividad, pero en particular lo es para los trabajadores domésticos puertas adentro. Ello se refleja en ciertos aspectos de esta modalidad, como tiempos de descanso inferiores a lo establecido por la legislación para otros trabajadores y pago por servicios en dinero y en especie. Para los trabajadores domésticos puertas afuera, la ocupación se ha acercado a la regulación jurídica y condiciones laborales de los demás trabajadores, aún cuando persisten normas diferenciadas de protección social. Sendas modalidades no reportan los mismos deberes ni obligaciones para empleadores y empleados, ni suponen las mismas restricciones, de modo que del mismo tenor ha de ser la valoración jurídica.

El sector del trabajo doméstico a la luz de hoy introduce retos para


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 63-84

su regulación legal de conceptos aún poco definidos como si los empleados son fijos o por horas, grado de especialización para determinadas actividades (cuidadores), labores típicamente de mujeres u hombres, entre otros. La relación jurídica se complejiza con la aparición de las agencias de mediación laboral, en este caso el trabajo por cuenta ajena se realiza en relación a esta agencia, que a su vez establece una relación comercial con la familia contratante.

La formalización del vínculo jurídico en el trabajo doméstico se efectúa mediante un contrato generalmente reconocido como laboral, ya sea verbal o escrito según se reconozca su validez, sus denominaciones pueden ser diferentes: Contrato de trabajo en el Hogar, en la República de Chile, Contrato de trabajo relativo al servicio doméstico, en la República de Costa Rica, Contrato de trabajo doméstico, en la República Argentina, Contrato de trabajo del servicio doméstico, en la República del Ecuador.

La tendencia de refrendación sobre el nacimiento o extinción del contrato no difiere grandemente del régimen general; sin embargo, la regulación sobre: derechos, obligaciones, jornada laboral, descanso y remuneración varía, desde más detallada (España-Argentina) hasta más desregularizada con mayor margen a la voluntad de partes (Chile- Paraguay). En algunos países se protege legalmente el límite del salario mínimo como en España y Bolivia. (*Vid.* Anexo)

Estudios realizados en la región latinoamericana[13] muestran que el problema no se reduce a la incompleta regulación del trabajo doméstico remunerado, sino además el nivel de incumplimiento de la normativa legal es altísimo en el caso de las trabajadoras domésticas, especialmente en lo referido a la formalidad de la relación laboral correspondiente legalmente. Son justamente la asociación del trabajo doméstico con nociones de familia y de trabajo no productivo factores inducentes a percibirlo fuera de una relación laboral normal y justificar tanto la insuficiente regulación como el alto grado en que ésta se infringe.

A nuestro juicio constituye una relación laboral especial, que tiene como presupuestos configuradores de su naturaleza jurídica laboral: remunerabilidad, habitualidad, dependencia y ajenidad. Dado que en Cuba no existe regulación laboral específica de la institución

[13] Colectivo de autores, El trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2009, texto íntegro.

pero si la manifestación socioeconómica lícita de la actividad con un marco dispositivo aplicable, amerita una tratamiento particular.

## 4. Nuevas realidades en cuanto a trabajo doméstico en el ordenamiento jurídico cubano.

Aunque el reflorecimiento del trabajo doméstico con nuevas características constituye una realidad socioeconómica cubana, es limitado el conocimiento y tratamiento existente sobre dicha actividad laboral; evidenciado en la carencia de investigaciones al respecto, que propendan y sustenten una adecuada protección jurídica. Por ello nos proponemos aportar argumentos demostrativos de la necesidad y utilidad de la ampliación del amparo teórico-normativo, el consecuente respeto y protección de los derechos laborales de los trabajadores del hogar.

La crisis mundial del empleo también ha afectado a Cuba, por ello como otros países, el Gobierno revolucionario ha ido aplicando un conjunto de políticas y medidas que permitirán el reordenamiento laboral, por lo que se han incrementado las actividades del trabajo por cuenta propia, entre las cuales se fija la del personal doméstico.

En nuestra Carta Magna[14] se consagra a Cuba como un Estado socialista de trabajadores, se identifica el concepto de pueblo trabajador y el derecho-deber trabajo es el primero en invocarse, sin distinción del tipo de vínculo laboral establecido, siempre que sea lícito y honesto; por tanto nada niega la protección constitucional general del trabajo doméstico como cualquier otro.

La protección más específica de la actividad doméstica remunerada aparece desde el punto de vista administrativo y de seguridad social en los siguientes cuerpos normativos:

a) La Resolución No. 33, de 6 de septiembre de 2011, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, que establece el Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia, que en su Anexo No.1, recoge entre las actividades autorizadas para el ejercicio del trabajo por cuenta propia, como número 79, al Personal doméstico; y como número 30, al Cuidador de enfermos, personas con discapacidad y ancianos.

[14] Constitución de la República de Cuba, publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinariao. 3, La Habana 31 de enero del 2003

b) El Decreto –Ley No. 284, de 2 de septiembre de 2011, "Modificativo del Decreto –Ley No. 278, de 30 de septiembre de 2010, "Del régimen especial de seguridad social para los trabajadores por cuenta propia"

Después de examinar el contenido de esas disposiciones, nos queda claro de que La Resolución No. 33, de 6 de septiembre de 2011, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, por su alcance y sentido solo establece un procedimiento mediante el cual se autoriza el ejercicio del trabajo por cuenta propia, para las actividades de personal doméstico y cuidadores, no regula la relación de trabajo que se establece entre el empleador y el empleado doméstico; siguiendo esa misma carencia, las normas referidas a la seguridad social aplicables en sentido general a todas las actividades del trabajo por cuenta propia no se corresponden con el carácter especial del trabajo doméstico, ya que no se ajustan debidamente a su naturaleza jurídica.

Por su parte el ordenamiento jurídico laboral cubano desconoce el trabajo doméstico como relación jurídica de tal índole, por lo que la relación contractual queda en el plano del derecho privado solamente con cabida de protección en el ordenamiento civil, posiblemente como un contrato de servicios[15]. El cual como ya avizoramos por su construcción jurídica no se adecua a la habitualidad, estabilidad, singularidad y posición de los sujetos vinculados con el trabajo doméstico, aunque indistintamente también se le denomine servicio. Ni siquiera la perspectiva reguladora del nuevo Código del Trabajo incluye tal relación porque dentro de las relaciones especiales, refiere relaciones de trabajo entre trabajadores y personas naturales autorizadas a actuar como empleadores, donde no están todos los que contratan trabajadores domésticos (legalizados o no como cuentapropistas).

Es evidente la falta de un régimen jurídico especial para el vínculo obligacional del trabajo doméstico y sus diversas modalidades, así como la suficiente protección laboral de estos trabajadores, aunque en Cuba aún no se pude afirmar su precariedad. La instrumentación de dicho régimen demanda estudios e investigaciones especializa-

[15] Art. 320 del Código Civil de Cuba, Ley No. 59 del 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo), Ediciones ONBC, Ciudad de La Habana, Cuba, 2006.

das multidisciplinarias permisivas de la elaboración de los modelos o patrones que sirvan de fundamento, sostén o guía para la edificación de proyectos legislativos concretos y efectivos que aseguren el funcionamiento de esa relación laboral de carácter especial.

No se trata simplemente de regular al trabajo doméstico a través de un paquete de legislaciones, sino de hacerlo adecuadamente conforme a su naturaleza y complejidad, que posibilite la refrendación de los derechos de los trabajadores, digamos también de sus obligaciones, además de los derechos y obligaciones de los empleadores y de otros aspectos importantes ajustados a nuestro contexto relativos a las condiciones de trabajo, descanso y formalidad del acto donde se recojan. Se pueden tomar como referentes técnicos jurídicos los criterios doctrinales y normativos emitidos al respecto internacionalmente.

Es una actividad pendiente de definir para la dogmática jurídica patria, no obstante, a nuestro juicio claramente pertenece al sector informal, pero está erróneamente definida como un trabajo por cuenta propia: ya que es un trabajo por cuenta ajena, donde están presentes elementos tales como la dependencia, el vínculo interpersonal y la remuneración. Además resulta necesario señalar que la actividad de **cuidador** de enfermos, personas con discapacidad y ancianos se recoge separadamente de la de **personal doméstico**, a pesar de su consideración unitaria histórica, doctrinal y normativa como un trabajador doméstico; cuando la labor se realiza en el hogar.

Actualmente con solo una mirada a nuestro alrededor nos damos cuenta de que muchas familias cubanas, emplean trabajo doméstico, aún sin la existencia de la autorización administrativa de los empleados. Adopta esta actividad diferentes formas, labor diaria o varias veces por semana o mes, multitareas o actividades específicas, remuneración fija total o por horas o actividad, irregularidades en cuanto al descanso retribuido, poca frecuencia de la pernoctación; apenas se aprecian formalidades para la validez de la relación.

Las consecuencias sociales de la no regulación jurídica atisban sus manifestaciones, la extensión de la práctica del empleo doméstico augura su repercusión indudable para el Derecho Cubano, así lo aseveran dos grandes laboralistas entrevistados para este trabajo:

El Dr. Juan Antuch Beltrán, argumenta que teniendo en cuenta el


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 63-84

nuevo modelo económico, la apertura y facilidades dadas a los trabajadores por cuenta propia y del posible fortalecimiento o creación de algunas entidades privadas, se vislumbra un auge de la demanda de fuerza de trabajo para la prestación de los servicios domésticos y gastronómicos, por lo que debe establecerse por el Estado alguna regulación jurídica garante en este caso de los más elementales derechos del personal doméstico.

El Ms.C. Héctor Suárez Granda, asevera que a pesar de la regulación parcial en Cuba del trabajo doméstico, al considerase un trabajo por cuenta propia y de su tutela por la seguridad social, es indudable, dada las características de la actividad, que tanto de las personas trabajadoras del hogar, como de las personas que reciben el servicio, se encuentran desamparados en todos los aspectos; existiendo múltiples razones que aconsejan su refrendación con carácter especial, porque el trabajo doméstico se encuentra en condiciones de precarismo laboral.

En sentido general, ambos expertos coinciden en la necesidad de brindarles protección jurídica a los trabajadores domésticos, con la particularidad de que el Dr. Juan Antuch Beltrán, hace énfasis en que la regulación jurídica que se dicte en cuestión, garantice la defensa de los derechos de esos trabajadores, mientras el Ms,C Héctor Suárez Granda, reflexiona que el trabajo doméstico debe normarse con carácter especial atendiendo a las complejas condiciones en que dicha labor se realiza, que conlleva a la insuficiente protección de los sujetos en la relación y al desamparo laboral de estos trabajadores.

## 5. Conclusiones

El trabajo doméstico es imprescindible en la marcha de nuestras sociedades y gran parte del esfuerzo que se invierte en realizarlo es de las mujeres. Reconocer el aporte del servicio doméstico en el funcionamiento de la sociedad es cada vez más necesario, pues sin él muchas familias y personas no podrían integrarse a la vida social y económica especialmente en la actualidad, donde generalmente tanto el hombre como la mujer deben trabajar para el sustento del hogar, o peor aún, cuando una madre soltera es la que sostiene la familia. Contribuye a la reproducción social y al mantenimiento de

la fuerza de trabajo, con lo cual se constituye además en factor clave para el funcionamiento de la sociedad y las economías nacionales. Umbrales nuevos se descubren con la evolución de la sociedad cubana ante las dinámicas familiares, la inserción científica y profesional de la mujer, el envejecimiento poblacional, la protección del espacio en el hogar de los discapacitados, la necesidad de empleo y otras situaciones contemporáneas donde se inserta el trabajo doméstico; el Derecho no puede dar la espalda y reclama un respaldo de otras ciencias, de la voluntad ciudadana y política.

**BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO GARCÍA, Manuel, Derecho del Trabajo. Editorial Artes Gráficas Benxul s.a Madrid 1993.

De Diego, Julián Arturo, Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social, 5a ed.- Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002.

BARAJA MONTES DE OCA, Santiago. Los Contratos Especiales del Trabajo. Universidad Nacional Autónoma de México.1992.

CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición 2003.

Colectivo de autores, El trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2009.

Cuba. Constitución de la República de Cuba, publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria. 3, La Habana 31 de enero del 2003

Cuba. Código Civil de Cuba, Ley No. 59 del 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo), Ediciones ONBC, Ciudad de La Habana, Cuba, 2006.

Cuba. Anteproyecto del Código del Trabajo, disponible en www.mtss.cu

Cuba. Decreto Ley 141, Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia, publicado en Gaceta Oficial No 30 Extraordinaria, de fecha 8 de septiembre de 1993.

Cuba. Resolución No. 33 de fecha 6 de septiembre del 2011, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia, publicado en Gaceta Oficial No. 29 Extraordinaria de fecha 7 de septiembre del 2011.

Daniel Ruiz, Alvaro, *Dos colectivos laborales permanentemente marginados*, en Colectivo de Autores, Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana, Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, 2009.

De Buen, Néstor, *Derecho del trabajo,* México, Porrúa, 1984, t. II.

Delgado de Smith, Yamilé, El trabajo doméstico desde la óptica del OIT, http://yamilesmith.blogspot.com/2007/08/el-trabajo-domstico-desde-el-enfoque-de.html, consultado el 4 de abril del 2013.

Legislación Laboral y de Seguridad Social.16º edición. Madrid. Septiembre 2008.
PEREZ, Benito. Derecho del Trabajo. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires.1983.

RUIZ, J, SÁNCHEZ UTAZÚ, VALERO PICAZO. *Trabajo doméstico*,http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/trabajo_domestico.htm, consultado 18 de enero de 2012

**Anexo**
**Reformas legales recientes al trabajo doméstico remunerado en América Latina**

País. Instrumento legal.

- Argentina. Decreto 485 (2000). Reglamentación del régimen especial de seguridad social para empleados domésticos.
- Establece la obligatoriedad de aportes y contribuciones por parte del empleador para sus empleados domésticos que trabajan 6 o más horas semanales.
- Bolivia. Ley de la Trabajadora del Hogar (2003).
- Regula el trabajo asalariado del hogar estipulando derechos y obligaciones para empleados y empleadores.
- Brasil. Constitución de la República Federativa (1988).
- Amplía los derechos de los empleados domésticos establecidos en la ley 5.859/1972 (2006).
- Chile. Ley 19.591 (1998).
- Reconoce derecho a fuero maternal para las trabajadoras domésticas.
- Costa Rica. Proyecto de Ley (2002).
- Proyecto de ley enviado al Parlamento que propone equiparar los derechos de los empleados domésticos a los demás trabajadores con relación a la jornada laboral y a los períodos de descanso.
- Nicaragua. Reglamento 202 (1978). De aplicación del seguro social a los trabajadores del servicio doméstico.
- Establece los mecanismos de cálculo del salario de referencia, de financiamiento y de recaudación. Define contribución patronal (12%), laboral (3%) y estatal (4%), además de otros beneficios como seguro de maternidad, invalidez y ayuda de funeral.
- Perú Ley 27.986 (2003). De los trabajadores del hogar.
- Regula el trabajo asalariado del hogar estipulando derechos y obligaciones para empleados y empleadores.
- Uruguay Ley 18.065 (2006).
- Equipara los derechos de trabajadoras domésticas a los del resto de los asalariados.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 63-84

# EL SEGURO AMBIENTAL, DESARROLLO SOSTENIBLE, FUTURO DE LA POLÍTICA EMPRESARIAL EN LA CONCRECIÓN DE LAS EMPRESAS ECOLÓGICAS.[1]

**MSc. Alcides Antúnez Sánchez**
Profesor Auxiliar
Universidad de Granma
República de Cuba
Email: aantunez@udg.co.cu

**Lic. Joao Domingos Víctor**
Doctorante en Ciencias de la Pedagogía
Centro de Estudios en Ciencias Pedagógicas
Universidad de Oriente
República de Cuba
Email: victorcuba2011@hotmail.com, jdvictor@cees.uo.edu.cu

**SUMARIO:**

Introducción
1 - La actividad aseguradora en Cuba, tracto histórico.
2 - El marco jurídico regulatorio en Cuba de la política aseguradora.
3 - El derecho ambiental.
4 - El seguro ambiental en el nuevo modelo económico cubano.
5 - Conclusiones.
6 - Bibliografía.

[1] II Simposio Derecho Universidad de Granma

**RESUMEN:**

El trabajo tiene la intencionalidad de dar una mirada al seguro ambiental dentro de la legislación cubana, para esto los autores realizan un breve análisis histórico de la actividad aseguradora en el país hasta el triunfo revolucionario. Nos apoyamos además en la ejecución de este análisis de lo relacionado con la institución del contrato de seguro, y en particular lo regulado con el seguro ambiental obligatorio en países como España, Argentina y Chile como parte del derecho comparado objeto de análisis.
Realizamos un análisis de la política ambiental de Cuba, partiendo desde el texto constitucional, la actividad mercantil relacionada con política aseguradora y con la política inversionista extranjera, con un análisis de normativas jurídicas que han contextualizado el seguro en el derecho interno cubano. Nos apoyamos para ejecutar el artículo en los métodos científicos de apoyo a la investigación el histórico lógico, el exegético-jurídico, el análisis y revisión de documentos científicos tanto sociales, económicos, como jurídicos.

**Palabras claves**: seguro, póliza, daño, auditoría ambiental.

**Introducción:**

Este artículo hace un análisis del contrato de seguro por la comisión del daño ambiental y motivar a que susciten propuestas que busquen solucionar los problemas que surgen por su no regulación en el derecho cubano, haciendo para esto una comparación con los distintos sistemas de derecho en torno a la póliza de seguro ambiental analizados.
Consideramos necesario por los autores, comenzar con un breve estudio de la historia del seguro y de los sistemas de responsabilidad por la comisión del daño ambiental y los elementos que intervienen, ya que todo sistema de responsabilidad tiende a establecer, en último término, la reparación del daño, sin perjuicio que dentro de la responsabilidad se establezcan otros elementos, como las medidas preventivas, que maticen este carácter esencialmente reparador.
Y el seguro tiene, como principal fundamento el otorgar solvencia para la reparación del daño y la protección a la víctima, concluyén-

dose así que los avances hacia una mayor cobertura de los riesgos por el sistema de responsabilidad dependen en gran medida de como los mecanismos aseguradores son capaces de internalizar dichos riesgos y ofrecer a los agentes de comercio y de la producción, pólizas de seguros que hagan viable el desarrollo de las actividades susceptibles de causar daños a los usuarios.

Para esto brevemente analizamos sistemas comparados de responsabilidad, el sistema norteamericano, (CERCLA) bajo el principio el que contamina paga, y de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales del 2004, estudiando por último nuestro sistema regulado en la Ley Nº 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, que consagra un sistema subjetivo de responsabilidad.

La materia medioambiental es un campo de observación privilegiado para evaluar la necesidad de establecer criterios de responsabilidad que se complementen con la necesidad de los instrumentos financieros que brindan garantía por los eventuales y a veces inevitables daños que concurren. Junto al tratamiento del riesgo ambiental en las pólizas generales, no puede faltar el estudio detallado de la cobertura del riesgo de contaminación a través de las pólizas específicas con un planteamiento de suscripción claramente especializado. Así, en el mercado de la comunidad europea que hemos analizado como derecho comparado, la fórmula que se ha ocupado es la formación de pools de cobertura de daños por contaminación. Se analiza como ya citábamos la póliza de seguro, que actúa como póliza de garantía y cada una de sus menciones, y se planteará la hipótesis de una posible responsabilidad objetiva, mostrándose cierto grado de incompatibilidad entonces con nuestro sistema de responsabilidad subjetiva, en el que sólo se responde si se ha actuado con dolo o culpa.

Este trabajo finaliza con una idea general sobre los problemas y vacíos que se contienen en la regulación de este contrato de seguro en nuestro ordenamiento jurídico cubano, la dificultad que se presenta el ofrecer productos que sean accesibles a las empresas y otorguen una cobertura efectiva por los daños causados, y así proponer algunas medidas que entreguen una propuesta en un escenario que está sujeto a grandes transformaciones, ya que el seguro

es una herramienta necesaria para el buen funcionamiento de un sistema de reparación de daños ambientales. Como su vinculación con las herramientas de gestión ambiental para su concesión por parte de la entidad aseguradora, y de la necesidad de implementar dentro del sistema contable en el país la contabilidad ambiental.

## 1 - La actividad aseguradora en cuba, tracto historico.

En Cuba, antes que los ingleses tomaran la Habana en 1762, el comercio de la isla se centraba en los vínculos con la corona española. Existiendo en los puertos cubanos agentes o factores, como se les denominaba entonces, de compañías españolas de seguro que reafirmaban el monopolio total de la metrópoli, como el de la "La Unión", dedicada al ramo de incendios y "El porvenir de las familias", sobre seguro de vida.

El 24 de enero de 1795 se constituye en la Habana la primera compañía de seguros en Cuba, mediante escritura pública, "Protectores y Superdirectores de la compañía a la Santísima Virgen Nuestra Señora de Regla y al señor San Cristóbal"[2], implorando, según dicen los estatutos, "su patrocinio para que, como Padrinos de este establecimiento, intercedan con el Omnipotente para el buen éxito de sus empresas". Su objetivo era "los seguros marítimos generales para las cuatro partes del mundo" por considerar sus fundadores, personalidades prominentes de la Colonia, que la Habana requería aseguradores ya que "una plaza de tanto tráfico como ésta, está muy necesitada de aseguradores, que, en un caso o embarque repentino, puedan asegurar aquí sus remesas" otorgándose garantías al comerciante. Tuvo como capital social ochocientos mil pesos. Con visibilidad en los puertos de Cádiz, Barcelona, Santander, Coruña Tenerife, Guayra, Campeche, Veracruz, Trujillo, Nueva Orleáns, Cartagena y Buenos Aires.

En 1845 se constituyen las primeras agencias de compañías extranjeras[3], inglesas principalmente. En 1851 se crea "La Alianza", sociedad

[2] MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel, Los Seguros. Ed. Cultural, La Habana 1945, p. 12 y 13. En la obra, el autor menciona que la escritura fue encontrada por el Dr. Francisco Henríquez Ureña en la Biblioteca de la Sociedad Económica de Amigos del País, y publicada en la revista *Seguros*. Cuba.

[3] HENRÍQUEZ UREÑA, Francisco, "La evolución del seguro en Cuba", revista *Seguros*, La

de créditos y seguros sobre la vida de los colonos chinos y de los esclavos, desarrollando, además, el seguro marítimo. Ya en 1855 se fundan varias aseguradoras; "El Iris", primera compañía de seguros mutuo contra incendios, "La Hereditaria", dedicada a los seguros mutuos sobre la vida, y "La Providencia", sociedad de seguros sobre la vida de los esclavos, similar ramo al que se dedicó "La Protectora", creada en 1856. Salvo El Iris, estas compañías tenían carácter mixto, actuando como instituciones de seguro y crédito, con estrechas relaciones con el sistema esclavista imperante en esta época.

En 1862 comienzan a operar en el país Compañías de seguros inglesas, canadienses, americanas fundamentalmente y otras de diversas nacionalidades. Alrededor de 1882 se crea la Cía. "Lloyd Habanero", dedicada a seguros marítimos, y otra compañía dedicada a seguros de incendios, especializada en seguros. Estas surgieron con nuevas orientaciones económicas, desligadas del esclavismo, y bajo estructura de sociedades anónimas. Para esta época, y coincidiendo con el fin de la Guerra de los 10 años y por ende ya existiendo una reanimación económica, se produce un aumento de las compañías aseguradoras extranjeras.

Dedicadas a los seguros de vida, la historia del país refleja la creación en 1891 de las Cías. "El Fénix" y en 1895 "Círculo cosmopolita", así como la "Caja de Ahorros y socorros mutuos de los empleados y obreros de los ferrocarriles de la Isla de Cuba". Otro hecho importante en el tracto histórico del seguro lo fue la creación de la primera compañía que estableció agencia en Cuba colocando depósitos en garantías según lo establecido en la Orden Militar 181 de 1899, fue "Fidelity & Deposit Company of Maryland".

A fines del siglo XIX se comienza a ofrecer por primera vez al mercado cubano el seguro de accidentes por parte de la compañía "Norwich Union Fire Insurance Society Limited". Amparaba la póliza: muerte por lesiones dentro de 90 días, la pérdida por amputaciones de pies y manos, ó de un pié y una mano, la pérdida completa de la vista de ambos ojos o de uno, la completa inutilización temporal, ó la inutilización parcial temporal.

A raíz de la primera intervención norteamericana, surgió en la Habana una compañía de inversiones que adquirió notorio crédito y

Habana, Año II, No. 3, marzo de 1937, p.26.

realizó numerosas operaciones de seguros personales. Las pólizas eran vencibles a seis años como máximo, pudiendo ser canceladas antes, si eran agraciadas en los sorteos que periódicamente se celebraban. Durante varios años cumplió con las escasas pólizas que se vencían, pero la llegar a los seis años no pudo cumplir pagar la cantidad de pólizas vencidas, y la compañía en sucesivas circulares que repartió a los suscriptores, tasó caprichosamente y cada vez más baja la participación a cobrar por los acreedores.

Los acreedores dueños de uno o dos pólizas iniciaron varios procesos judiciales en juicio verbal (considerándose la cuantía de las pólizas), mas la única prueba era el examen de los libros de la compañía, y la contabilidad presentaba serias dificultades en su práctica, lo que impidió el efectivo proceso de liquidación.

Para 1908 se crean dos nuevas compañías; "La Nacional", de efímera vida y dedicada a los seguros de vida; y "La Mercantil", de seguros de incendio. Esta última protagonizó una encendida disputa con una asociación que en sus estatutos prohibía el reaseguro y coaseguro, por lo que su presidente impidió su entrada en el seno de la misma. La Mercantil obtuvo reaseguro de la "Home" y de "Hartford", ambas norteamericanas, las que por su influencia en Londres lograron que el "Fire Offices Comitte Foreing" (Comité de compañías británicas para el negocio extranjero) enviara un representante para que se reorganizara la asociación sobre bases nuevas que permitieran la cooperación entre asociados, renunciando el respetado pero recalcitrante presidente, lográndose la entrada de "La Mercantil" y con ello una nueva etapa de los seguros en Cuba al renacer sobre firmes bases el seguro a prima fija y la cooperación entre aseguradores.

En el área de transporte automotor, la primera compañía que ofertó seguro de automóviles fue la norteamericana "United States Lloys, de Nueva York", en 1911. Se ofrecía en seguro A y B, este último cubría, además de los daños recibidos por choque, los ocasionados de carácter material de que legalmente fuese responsable el asegurado, por lo que cubría al asegurado de su misma negligencia y hasta de su culpa.

El periodo de la Primera Guerra Mundial favoreció a los países neutrales por la calma política y el incremento comercial que buscaba llenar el vacío de Europa. En 1915 se aprueba la primera ley del seguro de accidentes del trabajo, lo que generó un movimiento de


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 85-118

creación de compañías que ofrecieran los seguros regulados. Así, para entre los años 1915 y 1919 se crearon numerosas aseguradoras, como la "Unión Hispano-Americana" organizada por los financieros del Banco Español, "Cuba", "La Cubana", "Unión Nacional", "Metropolitana", "Internacional", "Comercial", "Unión Agrícola", "Federal", "Alianza", "La Mutua", todas en la Habana. En otras ciudades fueron creadas "Cienfuegos", "Sagua", "Oriente" y "Unión Antillana". En ellas prevaleció el sistema de la multiplicidad de líneas de seguro al incluir incendios, marítimo algunas, automóvil, vida y hasta los accidentes de trabajo.

Un momento de riqueza y esplendor, es en la denominada época de las vacas gordas, se refleja en la Unión Hispano-Americana, La Cubana y Metropolitana llegaron a establecer sucursales en EE.UU. y Gran Bretaña.

Para el año 1920, el derrumbe de los precios del azúcar y la consiguiente caída económica y de la banca, debilitó pero no derrumbó al sistema asegurador. Solo quebraron Internacional, atada a la caída del Banco Internacional a cuyos negocios estaba estrechamente ligada; y Cuba, compañía que operó en el ramo de incendios, vida y seguros obreros, y a la que las desventajosas soluciones oficiales que se aplicaban a las compañías de seguros obreros y deficiencias administrativas de sus intereses llevaron a la quiebra. Al cierre de ese año, las compañías cubanas controlaban del 16-18% del total anual de primas de seguro de incendio, y casi el 60% de las correspondientes a accidentes de trabajo.

En el año 1929, según estudio de la Comisión Nacional de Estadísticas y Reformas Sociales[4], las primas de seguros recaudadas por compañías nacionales y extranjeras, en ramos de vida, incendio, automóviles, marítimos y cristales. Según estadísticas consultadas de la Secretaría de Comercio, al cierre 31 de diciembre de 1935, las compañías de seguro de vida poseían más de 26 millones de pesos en reservas, pero de ellos, unos 25 millones se encontraban invertidos fuera del país. En enero de 1937 se encontraban autorizadas 32 compañías cubanas de seguros[5]. En 1940 se encontraban autoriza-

[4] WOLTER DEL RÍO, Germán (1886-1953): Informe y Proyecto de ley de seguros elevado al honorable Presidente de la República por la Comisión Económica. La Habana, 1931.

[5] Gaceta Oficial de fechas 7, 8, 9 y 22 de enero 1937.

das a operar 95 compañías de seguros[6], de cinco países. Al cierre de 1954[7] operaban 162 compañías de seguro y 5 de reaseguros, y al de 1955[8] eran 154 y 6 compañías[9], respectivamente.

En 1955, las compañías cubanas tenían una participación en el mercado de aproximadamente el 50% del total de negocios por concepto de pólizas suscritas, llegando a ingresar 10,4 millones de pesos por concepto de primas cobradas[10].

Por lo que los autores consideran que a pesar de que el acta de nacimiento del Derecho Ambiental, data del año 1969, las normativas cubanas dictadas no estuvieron enfocadas a la protección de los recursos naturales a través de compañías aseguradoras en este momento que es objeto de análisis, aunque en la historia del Estado y del Derecho en Cuba, encontremos algunas normativas de orden administrativo que entraron a regular el uso de recursos naturales, como fue el caso del agua en la actual capital del país, y el enfoque del seguro hemos contrastado en este análisis que estuvo muy vinculado a la actividad comercial fundamentalmente.

Al triunfo de la Revolución como nuevo proyecto social, muchas de las compañías que operaban en nuestro territorio cerraron, o se mantuvieron inactivas y provocaron una situación de caos en el mercado que exigió la intervención directa del Gobierno Revolucionario para proteger los intereses de los asegurados y del propio país. Entre los problemas principales presentados estaban las protecciones de reaseguro que requerían los aseguradores cubanos y extranjeros, ya que las mismas estaban contratadas

---

[6] "Compañías de seguros autorizadas", Revista S.B.B., Año 1, No. 3, septiembre 1ro. de 1940, p. 24 y 25

[7] MONTALVO, J.G.; Anuario Financiero 1954. La Habana, 1954.

[8] MONTALVO, J.G.; Anuario Financiero 1955. La Habana, 1955.

[9] Existe discrepancias con el número exacto, existen autores que dan una cifra diferente a la que aparece en el Anuario Financiero 1955, V. gr. CAMACHO RODRÍGUEZ, Tatiana, en "El seguro en Cuba, antecedentes, desarrollo y perspectivas", *Revista Cubana de Derecho*, No. 33, Año XVII, La Habana, plantea que "En noviembre de 1955 el negocio del seguro en Cuba lo ejercían 149 compañías: de ellas, 69 cubanas, 36 inglesas, 31 norteamericanas, 6 canadienses, 2 suizas, 2 brasileras, una española, una irlandesa y una australiana, aunque en las más poderosas los intereses se hallaban entremezclados y ocultos en muchos casos, bajo el manto de sociedades anónimas".

[10] Esto representó un aumento del significativo con respecto a 1939, año en que participación de las compañías cubanas en el mercado era del 37,5% por concepto de pólizas suscritas, y se cobró 10,4 millones de pesos por concepto de primas.

con reaseguradores norteamericanos o a través de sus casas matrices en los Estados Unidos.

Tales protecciones fueron automáticamente canceladas a raíz de las primeras nacionalizaciones, lo cual provocó que estas compañías dejaran de suscribir nuevos riesgos, al no contar con reaseguro para sus excedentes. Asimismo, muchos ejecutivos y personal especializado de seguros abandonaron el país, dejando a las compañías totalmente inoperantes.

En el año 1959 funcionaban 52 instituciones, de seguro social, denominadas "cajas", "fondos", "cajas de retiro" o "seguros", clasificadas por la Junta Nacional de Economía, en: "jubilaciones y pensiones del Estado", "seguros profesionales" y "seguros de los trabajadores". Con los cambios ocurridos en la vida política y económica del país la seguridad social adquirió un nuevo sentido.

En este campo los objetivos del programa comprendieron de inmediato la atención financiera a los fondos de los seguros sociales existentes para garantizar el cumplimento de sus obligaciones sin interrupción y a más largo plazo, la cobertura de todos los riesgos, la extensión de la protección a todos los trabajadores, la concesión de prestaciones suficientes, la racionalización y unidad administrativa, la gratuidad del sistema y la creación del seguro de enfermedad. El propósito consistía en aplicar medidas encaminadas a iniciar una justa protección y redistribución del ingreso en concordancia con la línea económico-social que caracteriza la acción inmediata del Gobierno. El país enfrentó situaciones que, aún significando un crecimiento importante del gasto social, era preciso realizar sin aplazamiento.

Los primeros pasos se encaminaron a la transformación organizativa de los seguros sociales. Detrás quedaron los intereses políticos que habían frenado durante años la unificación. La nueva organización, basada en el principio de unidad, se realizó gradualmente. El proceso comienza en el sector laboral, constituido por los seguros sociales de mayor homogeneidad.

Para el mes de mayo de 1959 se crea el "Banco de los Seguros Sociales de Cuba" (BANSESCU) como organismo autónomo encargado del gobierno y ejecución de los seguros sociales, al que se incorporaron las veinte cajas de retiro del expresado sector. Se extinguen a partir de ese momento las funciones de sus directorios, así como

se transfieren a BANSESCU el patrimonio de dichas instituciones.
El objetivo, asegurar la unidad de la administración y extender después el régimen a los trabajadores desprovistos de amparo. En diciembre de ese mismo año se dispuso de una Ley, incorporando un 40% aproximadamente de la población activa, quedando pendiente para normas posteriores establecer el régimen de prestaciones de los nuevos asegurados.
La Ley 851 de 1960 decreta la nacionalización de casi 50 agencias norteamericanas de seguro radicadas en Cuba, declarándose adjudicadas al Estado Cubano y se designa para su administración al Banco de Seguros Sociales de Cuba. Se crea a fines del propio año la Oficina de Control de Seguros para regir todos los negocios desarrollados por las entidades aseguradoras.
En septiembre de 1962, considerando las observaciones y sugerencias atendibles como resultado de un amplio proceso de análisis y discusión realizado por los trabajadores, se elaboró definitivamente una Ley de Seguridad Social, cuyo campo de aplicación se extendió a todos los trabajadores y más de 250 mil trabajadores agrícolas quedaron comprendidos en el nuevo sistema. A partir de ese momento los trabajadores quedaban protegidos de todas las contingencias. Se fijaron pensiones decorosas y subsidios adecuados a la labor y al salario del trabajador, se otorgó además el derecho a la asistencia médica y hospitalaria en los casos necesarios.
Es criterio consensuado de los autores que a partir del triunfo del proyecto revolucionario que el Estado se ocupa con las primeras leyes revolucionarias, en este caso las concernientes a la reforma agraria, de dar una mirada a la protección de los recursos naturales. El 9 de abril de 1963 se creó la "Empresa de Seguros Internacionales de Cuba" (actual ESICUBA), dedicada a los seguros necesarios para el desarrollo del comercio exterior, miembro de organizaciones internacionales y ejecutora de las reclamaciones y reaseguros necesarios.
La Ley 1100 de 1963 representó, la culminación del proceso unificador y un momento singular en la aplicación de los principios de universalidad, solidaridad, comprensividad e integridad en el Sistema de Seguridad Social.
Ya para el año 1964, inicia sus actividades en el país la "Empresa Nacional de Seguros" (ENSEG), bajo el régimen de financiamiento


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 85-118

presupuestario, con las funciones de atender los negocios traspasados por la Oficina de Control, fiscalizar y atender las compañías extranjeras intervenidas, comprobación contable de las que se encontraban en liquidación y nacionalización e integración de las 13 compañías cubanas que quedaban en el sector privado. En 1968, la Ofensiva Revolucionaria elimina la actividad de los corredores de seguro. La Resolución 330/1970 del Banco Nacional de Cuba disuelve en 1970 la ENSEG, asumiendo ESICUBA las carteras de seguros que poseían determinada incidencia en la economía del país.

ESICUBA, desde su creación brindó cobertura a todos los riesgos vinculados a la economía exterior del país, la aviación, los buques mercantes y pesqueros, las cargas del comercio exterior, las propiedades cubanas en el extranjero (embajadas, consulados, etc.) y otros de similar naturaleza. Sin embargo, en la medida en que el Estado pasaba a ser dueño de los medios de producción, asumía a su cuenta (a cuenta del Presupuesto del Estado) más y mayores riesgos sin intervención del mecanismo financiero del seguro y sólo aquéllas propiedades que se vinculaban a terceros no cubanos continuaron necesitando protecciones de seguros.

Durante la década de los años 80 del siglo pasado, comenzaron a resurgir los intereses extranjeros y la actividad reaseguradora de ESICUBA había alcanzado cierto nivel en el mercado internacional. Con el objetivo de agilizar sus operaciones internacionales, adoptar un estilo de trabajo más comercial y desvincular claramente sus obligaciones de las obligaciones del Estado, a partir de 1987 ESICUBA se transformó en una sociedad mercantil adoptando la denominación social de Seguros Internacionales de Cuba, S.A. y manteniendo las siglas ESICUBA como nombre comercial.

Desde 1996 y durante siete años operó "Aseguradora del Turismo, La Isla S.A.", la que se especializó en seguros generales asociados al sector del turismo, sociedad liquidada en el 2003, asumiendo ESICUBA las obligaciones pendientes. Igualmente, funcionó algunos años la "Reaseguradora de la Habana, S.A.", quien se encargó de colocar en el mercado externo los riesgos cubiertos por las aseguradoras cubanas, asumiendo igualmente ESICUBA la tarea de continuarla. Operó durante varios años como corredor de seguros la compañía cubana de capital mixto cubano-inglés "Heat Lambet de Cuba, S.A.". En 1996 se crea "Asistencia al Turista S.A.", (ASISTUR),

la cual a su vez opera igualmente como Compañía de Asistencia.
Funcionaron más de mil agentes de seguros, fundamentalmente personas naturales, realizando su labor de intermediación entre las aseguradoras y los clientes. Operando como entidades auxiliares de seguros, INTERMAR S.A., SEPSA y Registro Central de Buques, que se dedicaron, entre otros, a los servicios de inspección, tasación y ajuste de averías a los efectos del seguro. Seis sucursales de compañías extranjeras de seguro de vida fiscalizadas, que después del proceso de nacionalización operado en Cuba en los años 1960 a que hicimos referencia, se mantienen en el país cumpliendo con las obligaciones contraídas hasta esa fecha, pero sin concertar nuevos contratos.
También mantienen su presencia en este mercado, dos compañías reaseguradoras: una francesa, "La Intercontinental de Reaseguros" (dependencia de la Caja Central de Reaseguros de Francia), y la "Reaseguradora de las Américas" (casa matriz Munich Re de Alemania).
El 11 de diciembre de 1978 se decide la creación de la "Empresa del Seguro Estatal Nacional" (ESEN) actualmente renombrada "Empresa de Seguros Nacionales" (mantiene las siglas ESEN), la cual tiene como objetivo fundamental desarrollar los distintos tipos de seguros nacionales, especializándose en los seguros personales, de responsabilidad civil y de bienes. La Ley 1100 de 1963, solo comprendía al trabajador y su familia. Pero el nuevo reto consistía en concebir la seguridad social como un sistema que garantizara la protección con la más amplia cobertura para el trabajador, su familia y también aquella parte de la población, cuyas necesidades esenciales no estuvieran aseguradas o que por sus condiciones de vida o de salud requiriera esa protección y no pudiera solucionar sus dificultades sin ayuda de la sociedad.
Respondiendo a ello, se concibió la regulación de un sistema integrado por dos regímenes: el de seguridad social y el de asistencia social que, en conjunto, formaran un tono armónico capaz de garantizar, como lo expresa la Constitución de la República, que "no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia". [11]
Considerándose por los autores que con el cambio de sistema so-

[11] Consultar en el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la República de Cuba, www.gacetaoficial.cu, la Constitución de la República de Cuba.

cial en el país, el Estado comenzó a dictar normas que dieron una mirada a la protección de los recursos naturales, entre estas la Ley de Reforma Agraria y otras que han estado dirigidas a disfrutar de un desarrollo sustentable entre las transformaciones sociales y el hombre, pero no han estado aún dirigidas a pesar de existir una legislación en materia ambiental adecuada a establecer el seguro ambiental dentro del ordenamiento jurídico interno, que tribute al desarrollo sustentable del hombre con la naturaleza.

**2 - El marco jurídico dentro del derecho interno en Cuba de la política aseguradora:**

Si tomamos en cuenta un primer análisis sobre a que se le ha denominado contrato, tenemos que para el Derecho Romano no es un cuerpo jurídico homogéneo con una orientación uniforme, obra de un legislador, sino el resultado de una larguísima evolución histórica que pudiera iniciarse en el año 753 a.c.[12]; partiendo de lo anterior, se discute si los romanos entendieron el contrato como una forma genérica productora de obligaciones o bien si, en realidad, conocían nada más ciertos contratos especiales. Demofilo de Buen[13], afirma que del Digesto, atribuido a Ulpiano, se infiere una concepción de contrato que, según ella, contrato es la convención productora de acción, por tener nombre de contrato o causa civil de obligar.

Del mismo Digesto, se invoca un texto, del cual se desprende la idea de que hay contrato cuando hay cambio de promesas o promesas cambiadas, pero en oposición a esto, hay otro texto, del mismo, que dice que hay contrato donde hay cambio de una prestación por una promesa.

Por las diversas acepciones que se daban del contrato, afirma Messineo[14]. que el contrato ha sido un paradigma general y abstracto, susceptible de acoger cualquier contenido al subrayar la variedad temporal espacial del concepto: asimismo, dice Messineo " El con-

[12] RIMLI. Eugene Th. Historia Universal Ilustrada. T.I pp.220

[13] Ensayo sobre "El concepto del Contrato". Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional. No. 1 Julio- Diciembre 1944. pp. 61-63. Panamá

[14] MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato.

cepto moderno del contrato se deriva no del "contactua" de los romanos, sino del nudo pacto (convenio) reconocido por el derecho pretoría que originalmente, es decir, en el derecho romano más antiguo indicaba el elemento voluntario y no lo que los romanos llamaban "contractus", que era el vínculo que mediaba entre dos personas, tuviese éste su origen en un hecho voluntario o en otro hecho no voluntario, y era, además, un vínculo que se producía tan sólo en relación a un contenido determinado al cual correspondían figuras igualmente determinadas de contrato. Sólo aquellas determinadas figuras de contrato engendraban acción, esto es, eran reconocidos por el ordenamiento jurídico y protegidas contra su incumplimiento".[15]
Cuestiones estas que nos llevan a analizar el contrato de seguro, desde su génesis económica hasta la arista jurídica, en particular la relacionada con los recursos naturales y su protección, relacionadas con el control.

**2.1 - El Seguro:** en sentido económico es la cobertura recíproca de una necesidad fortuita y valorable, relativa a múltiples economías amenazadas de igual modo, así que puede afirmarse que sin mutualidad o cobertura recíproca no hay seguro. Esta cobertura recíproca puede realizarse por dos sistemas: a) Por el sistema de reparto, b) Por el sistema de capitalización.[16]

**2.2 - Las Funciones del seguro:** Posee cuatro funciones, desglosadas en,

La función social de sustituir la ansiedad paralizadora de las actividades por la seguridad.

La función preventiva de los riesgos, a través de las instrucciones que los aseguradores imponen a los asegurados para evitar o aminorar los siniestros.

Función de indemnización o de capitalización, si se produce el evento.

---

[15] Ibídem No. 13.

[16] Consultar en la página web del MINISTERIO DE JUSTICIA, en el sitio de la gaceta oficial de la República de Cuba, www.gacetaoficial.cu, el Decreto Ley No. 263, Contrato de Seguro.

Función financiera, mediante la inversión de las sumas recaudadas en forma de primas o de cuotas, que pueden oscilar desde una actividad especulativa a una actividad de inversión selectiva, de acuerdo con la planificación estatal del desarrollo económico- social.[17]

**2.3 - El Contrato de Seguro**: es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. Denominado también como Póliza donde se entran a delimitar las condiciones de dicho acto contractual. [18]

En Cuba como ya citáramos con anterioridad se realiza a través de la ESEN y de ESICUBA, como de otras Cias. aseguradoras internacionales que intervienen en el comercio internacional domiciliadas en el país o fuera de fronteras, las que se ocupan de comercializar la póliza, bajo la tutela administrativa del Ministerio de Finanzas y Precios. En el derecho interno analizamos su tracto legal y constatamos que aparece recogido en el Código de Comercio, norma jurídica aplicada en Cuba desde Ultramar, la que estableció en su artículo 380, definiendo que será mercantil el contrato de seguro si fuere comerciante el asegurador, y el contrato, a prima fija o sea, cuando el asegurado satisfaga una cuota única o constante como precio o retribución del seguro. Contratos conocidos como de seguros sobre la vida, por seguros de vida industrial o popular concertados por asegurados individuales con las compañías de seguros nacionalizadas o confiscadas.
Fueron liquidados a virtud de lo dispuesto en las Leyes 1192 y 1193 de 1966. Estas operaciones del seguro mercantil realizadas en el ámbito interno por la empresa nacional de seguros en ese momento (ENSEG) y en el ámbito internacional por la Empresa internacional de seguros (ESICUBA), ambas estatales, creadas mediante las reso-

[17] Ver el material de pregrado relacionado con el Derecho Financiero Tributario, utilizado en la carrera de Derecho.

[18] Consultar en la página web del MINISTERIO DE JUSTICIA, en el sitio de la gaceta oficial de la República de Cuba, www.gacetaoficial.cu, el Decreto Ley No. 263, Contrato de Seguro.

luciones 1401 y 416 de 31 de 1963 respectivamente del extinguido Ministerio de Hacienda. Dichas empresas se hallaban vinculadas a la Banca Nacional de Cuba, según lo dispuesto en la ley 1298 de 1975, artículo 28, proponiendo y ejecutando la política y planes de seguros en el ámbito nacional. [19]

Con el proceso revolucionario y como parte de la política de institucionalización aplicada en el país, se aprueba la Ley No. 59, Código Civil, quien en su artículo 449, definiría por el contrato de seguro, la entidad aseguradora se obliga a pagar una indemnización o a efectuar alguna otra prestación hasta el total de la suma o valor asegurado, al ocurrir alguno de los acontecimientos previstos en el mismo: y el asegurado a pagar una prima calculada de conformidad con las tarifas establecidas. El artículo 449.1. El seguro voluntario se rige por las disposiciones del presente código y por aquellas dictadas por el organismo correspondiente, contentivas de las condiciones generales y especiales y las tarifas aplicables a cada tipo de seguro. 2, El seguro obligatorio se rige por las disposiciones de la ley que lo crea y supletoriamente por las que se establecen en este Código.[20]

Con posterioridad se decide fijar en una norma independiente al contrato de seguro, promulgándose el Decreto Ley No. 263, dando otra impronta a la actividad del seguro, en el artículo 5 de esta norma jurídica se establece, que el seguro es aquel por el cual la entidad de seguros se obliga, mediante el cobro de una prima, a garantizar el interés del asegurado o del beneficiario en cuanto a las consecuencias que resulten del riesgo cubierto por el contrato. [21]

El Ministerio de Finanzas y Precios, organismo encargado de la actividad objeto de análisis por los autores en este articulo, dicta la resolución No.8, actual reglamento en materia aseguradora en el país, de la que se coligen los ramos de seguro establecidos en el país que son: bienes; personales; de Responsabilidad Civil; y otros, por lo que podemos colegir los autores que el seguro ambiental, la

[19] Consultar el Código de Comercio. Disponible en el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba. www.minjus.cu

[20] Consultar la página web www.gacetaoficial.cu, donde aparece hospedada la Ley No. 59, Código Civil.

[21] Consultar en la página www.gacetaoficial.cu, del MINISTERIO DE JUSTICIA en la República de Cuba, donde se encuentra hospedado el Decreto Ley No. 263, Sobre el Seguro.

legislación cubana no le recoge, a pesar de ser esta una de las políticas internacionales en materia ambiental de que el Estado cubano es parte dentro del denominado Derecho Ambiental Internacional. Considerando además por los autores de la importancia que reviste este contrato para el sector empresarial, y para la economía del país en la implementación de los lineamientos, relacionados con la política medioambiental y la monetario-crediticia dentro del nuevo modelo económico que hoy se implementa.

La teoría del seguro, nos señala que tiene como función la de reponer al asegurado, tras un siniestro, en una situación personal o patrimonial lo más próxima a la anterior a sufrirlo; o, sí ello no es posible, darle una compensación económica que atenúe los efectos del daño. Debe observarse que se habla de compensación económica, nunca de negocio, ya que la naturaleza del seguro rechaza que de él pueda obtenerse beneficio, pues incentivaría el fraude.

Una primera clasificación del seguro podría establecerse así: seguros personales: vida, accidentes, etc., seguros de daños: incendio, robo, transporte, etc. El seguro se basa en la existencia de la cadena riesgo-siniestro-daño que consiste en: Riesgo: la posibilidad de que suceda un evento futuro que pueda dañar el objeto del seguro. Siniestro: materialización del riesgo (si aseguramos un cargamento contra roturas, éstas son el siniestro). Y el Daño: el perjuicio producido a consecuencia del siniestro, susceptible de cuantificación (en mercancías se le conoce también como avería). Es intención de los autores opinar en relación a algunas cuestiones recogidas por la norma que puedan estar relacionadas con el seguro ambiental, que son en relación con los riesgos cubiertos al ser variados, por ejemplo:

- Incendio, rayo o explosión, cualesquiera que sea su origen.
- Terremoto, temblores de tierra, erupción volcánica, huracán, ciclón, manga de viento, granizadas y tormentas.
- Hundimiento o corrimiento de tierra.
- Inundación por cualquier causa.
- Escape de agua debido a cualquier causa imprevista.
- Desplome o derrumbe de paredes, techos o estructuras del local asegurado o donde se encuentren los bienes asegurados.[22]

[22] Consultar el libro sobre la EMPRESA Y EL EMPRESARIO EN CUBA. Publicado por la

De aquí a que sea criterio de los autores que existe un nexo vinculante con el derecho del medio ambiente y dentro de este con la responsabilidad ambiental, la inspección ambiental, la auditoría ambiental y la comisión de daños, como parte del desarrollo sostenible que tanto se aboga como política ambiental por parte de la Administración Pública de Cuba en el nuevo modelo económico que en el siglo XXI se implementa en el país, como antes enunciáramos.

**3 - El derecho ambiental.**

Consideran los autores que la historia medioambiental de la Tierra y de la humanidad es tan moderna como la propia preocupación ambiental. Lo corrobora la obra científica de Bailes, Caracciolo, Walter, Ruffolo, y Environmental History, quienes plantean la dificultad metodológica y la imposibilidad de separación de los problemas medioambientales y de gestión, en lo que se refiere a la sociedad y a sus instituciones.[23]
En este estudio ambiental, sus componentes e interrelaciones es un tema de larga data remontado a la antigüedad con los primeros biólogos y naturalistas, como Aristóteles, Heráclito de Efeso, y Anaximandro. Con el inicio de las ciencias modernas, bajo el modelo naturalista, encontramos a fisiologistas, como René Antoine Ferchault de Réaumur, y Antoni Van Leeuwenhoek. Estudiosos a nivel geográfico, como el naturalista y geógrafo Alexander Von Humboldt, y entre los evolucionistas a Jean Baptiste Monet. [24]

---

ONBC. 2000. En el capitulo relacionado con el Seguro en Cuba.

[23] CAFERRATA, Dr. Néstor A. Profesor e investigador sobre Derecho Ambiental. Director de la Revista Derecho Ambiental. Abeledo Perrot. Argentina. Quien en su libro científico titulado Introducción al Derecho Ambiental, realiza una descripción epistemológica sobre los orígenes del derecho del medioambiente, y quienes han sido en el ahora de Latinoamérica sus principales precursores.

[24] MAXIMILIANO MARTIN, Dr. Leandro. Donde en su obra científica nos refiere apuntes historiográficos sobre los orígenes del medio ambiente como ciencia del derecho y su interrelación con otras ciencias, destacando las obras científicas relacionadas con el tema como: "De anima", "Parva naturalia", "Historia de los animales y Las partes de los animales" Filósofo griego, evolucionista y observador del cual se mencionan varias obras pero solo se da por cierta la autoría de la denominada "De la Naturaleza de las cosas". Filósofo, Matemático y Astrónomo Griego, natural de Mileto, discípulo de Tales, sostenía que los seres humanos nacen de los animales y la evolución de las especies desde la vida marina. Sus observaciones son principalmente descritas en "Sur la digestión des

Por lo tanto la historia general y la económica, de tradición humanístico-historicista, previó afectaciones para el siglo XX, como portador de peligros, insertó a la especie humana en el magma complejo de un medioambiente en tensión, el material científico "Les suisses et l'environnement", hace una documentación histórica a partir del siglo XVIII, considerando el punto de partida de los cambios ambientales a la industrialización.

La ecología iniciada por Humboldt y los aportes de Wallace y Darwin. Y de otras propuestas de filósofos, que como Holbach señalaron:[1] cuando los hombres se juntaron entre sí para vivir en sociedad, hicieron ya sea formal o tácitamente un pacto, por el cual se obligaron a hacerse mutuos servicios y a no dañarse. La diversidad que existe entre los seres (humanos) hace que reine entre ellos una desigualdad que es la base de la sociedad... La justicia se llama también equidad porque impide el que cada cual use del ascendiente que la desigualdad de naturaleza o industria le ha dado para dañar a los demás.

Engels, en su obra "La dialéctica de la naturaleza", declaró preocupaciones tratando con convicción la gravedad de las acciones humanas irreflexivas e ignorantes sobre la naturaleza, en el proceso de apropiación de sus recursos, articuló estos desajustes con los de implicación social: "si han hecho falta el trabajo de siglos hasta que hemos aprendido, en cierto modo, a calcular las consecuencias naturales remotas de nuestros actos encaminados a la produc-

---

oiseaux"; demostró la naturaleza química del proceso de digestión animal, aisló el jugo gástrico y concibió las primeras experiencias de la digestión in vitro. Leeuwenhoek, fue un observador, tallador de lentes, careciente de formación científica pero pionero en varios descubrimientos relativos a los protozoos, los glóbulos roj os de la sangre, el sistema de capilares y los ciclos vitales de los insectos. Naturalista y Geógrafo alemán, graduado en Cs. Económicas, de gran afición por la investigación del mundo natural, a la muerte de su madre en 1799, de quien heredó una cuantiosa fortuna se largo en una aventura ultramarina partiendo junto a botánico francés Aimé Bompland, desde La Coruña con destino a los territorios españoles de ultramar. Durante cinco años exploró Hispanoamérica y los mares e islas del golfo de México. Sus observaciones vinieron a fundar la geografía física y la meteorología. Entre sus descubrimientos se mencionan, la unión del Orinoco y Amazonas. Entre sus obras se encuentran, "La Flora Francesa", en donde utilizó por primera vez la clave dicotómica para clasificar las plantas, y pese a que su labor científica incluye trabajos sobre meteorología, botánica, química, geología y paleontología, Lamarck es particularmente reconocido por sus estudios sobre la zoología de los invertebrados y por su teoría sobre la evolución. Entre otras obras, publicó entre 1815 y 1822 un extenso tratado, en siete volúmenes sobre "Historia natural de los animales invertebrados".

ción, la cosa era todavía mucho más difícil en lo que se refiere a las consecuencias sociales" [25]

La máquina de vapor, fue el inicio del deterioro medioambiental, no permitió la armonía propuesta, no sustentada sólo el conocimiento de las leyes y regularidades del funcionamiento de la naturaleza.[2] Este acelerado avance de la ciencia y de la técnica en la era post-industrial, trajo consigo riesgos a la salud y al medioambiente, al utilizar tecnologías que no permiten su control absoluto, y que en ocasiones escapan a la posibilidad de previsión, y a la imputación culposa de sus consecuencias. [26]

Por lo que ha resultado necesario por el hombre construir políticas que de una manera u otra le ayuden a mitigar los riesgos al medio ambiente a través de políticas aseguradoras, y es el caso del seguro ambiental. El Derecho Internacional del Medio Ambiente requiere entonces, frente a actividades riesgosas o eventualmente peligrosas llevadas adelante en territorio bajo la jurisdicción de los Estados o bajo sistemas especiales la adopción de medidas especiales ad intra y ex ante, entre ellas como ya citábamos el Seguro Ambiental Obligatorio.

En este sentido consideramos que es importante destacar que hay por lo menos tres pautas esenciales del sistema civil de tutela ambiental, ellas son: a) Responsabilidad Objetiva, b) Reparación en especie y c) Prevención del Daño Ambiental. En relación a la primera pauta, la atribución "sin culpa" es un mecanismo determinante en el sistema de tutela civil del ambiente, debido a que la responsabilidad civil clásica -fundada únicamente en la culpabilidad subjetiva- importó durante mucho tiempo un obstáculo para que los damnificados accedieran fluidamente a la indemnización. "Y máxime en el ámbito de actividades de alto potencial nocivo (por ej: contra el medio ambiente), pero sustraídas en principio a evidencias de

[25] HOLBACH, obra citada denominada la Biblia del materialismo en el año 1770, la cual refleja la necesidad de preservar la naturaleza, papel que juega el hombre por ser un ente transformador en esta. Cuestión aún pendiente por cumplirse en nuestros días, ya que no se ha creado una conciencia jurídica ambiental para transformar las conductas de los hombres en preservar y mitigar la problemática ambiental que hoy impera en el mundo, cuestión esta que con las nuevas tendencias sobre el ciudadano ambiental orientan el camino a revertir esta problemática desde la arista social.

[26] ENGELS, Federico: "Introducción a la dialéctica de la naturaleza". Obras escogidas, Tomo 2, Págs. 57-58. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. Cuba.

culpabilidad, que quedaban por ende fuera del sistema resarcitorio, garantizando al contaminante un margen de provecho, a costa de la seguridad de la población.

Por ello la evolución hacia una responsabilidad objetiva por daño ambiental constituye un eficiente mecanismo de internalización, que impone inexorablemente al contaminante el costo de recomposición, operando entonces como sistema de prevención indirecta, ya que la sanción resarcitoria motiva, como amenaza o coacción psicológica-económica, a no producir actos antijurídicos, lesivos del medio ambiente".

En el mismo sentido se expresa la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo8 en su Principio 16, al establecer que las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

En este marco de responsabilidad objetiva, se hace fundamental para los agentes contaminantes –o potencialmente contaminantes9- contar con un seguro para afrontar los costos de la restitución del ambiente dañado, a su estado anterior al acto de contaminación. Esto, desde el punto de vista de la responsabilidad con la que debe obrar cualquier potencial contaminante del ambiente. Desde el punto de vista del Estado, también se vuelve imprescindible establecer la obligatoriedad de contratar este tipo de seguros, para dar cumplimiento al Principio de Prevención, uno de los Principios Internacionales del Medio Ambiente.[27] Cuestiones estas abordadas en relación a tres principios tributarios para la creación de un régimen comunitario de responsabilidad, entre los que destacan, la cautela, la acción preventiva y la máxima quien contamina paga. Desde nuestro punto de vista, la responsabilidad civil debe ser un instrumento legal básico para la protección del medio ambiente, como bien de titularidad colectiva, por constituir uno de los mecanismos más idóneos para garantizar la reparación adecuada de los daños

[27] STIGLITZ, G.A.-"El Daño al Medio Ambiente en la Constitución Nacional", en Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Ed. Abeledo-Perrot, 1 997, p. 317 y ss.

que resulten de actividades peligrosas.
Es preciso destacar que el medio ambiente se ha reconocido como bien jurídico, se considera como res nullius, como un bien de dominio público, o como un bien de propiedad privada, pero es considerado por los autores que el medio ambiente es de uso colectivo, aunque responde a intereses de carácter difuso. Es criterio de los autores que en el siglo XXI los problemas ambientales se han agravado más, y no se avizoran soluciones para resolver el actual deterioro ambiental que impera en el mundo y del que Cuba no está ajena, es importante destacar que dentro del derecho interno cubano existen normativas que entran a regular la protección de los recursos naturales, pero es menester reconocer que el sector empresarial estatal y el no estatal están obligados a incrementar la cultura jurídica para poder ser competitivos, pues los empresarios en un gran porciento no tienen cultura del seguro y no lo planifican en sus registros contables, ante la posibilidad de que concurran riesgos.

**4 - El seguro ambiental en el nuevo modelo económico cubano.**

Dentro del proceso de institucionalización, la protección ambiental ha tenido un espacio preponderante desde el texto constitucional, contribuyendo a que en posteriores leyes dictadas por el órgano competente, como parte del derecho sustantivo en materia ambiental, demostrándose que el país dicta acciones protectoras hacia la naturaleza, en correspondencia a los tratados firmados, corroborados hoy con el nuevo modelo económico que se implementa.
*En su Capítulo I: Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, distinguen cuatro ámbitos de incidencia interrelacionados: la protección del medio ambiente como principio constitucional rector de la política económica y social, la función pública de protección ambiental como mandato de acción para el Estado; la protección ambiental como ámbito de atribuciones y competencias, y la protección de los recursos naturales y de todo el rico potencial de la naturaleza como un deber ciudadano.*[28] *Monzón*

[28] MONZON BRUGERA, Dra.C. Yailen. Ver Tesis doctoral sobre Derecho Ambiental titulada Manejo Integral de Zonas Costeras. Profesora de la UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS. Republica de Cuba. La autora realiza un análisis sobre el texto constitucional cubano, en relación con la protección de los recursos naturales por parte de las personas naturales y

*Brugera, Rey Santos, Cruz Sardiñas, y Hernández Aguilar consideran, que al amparo de nuestro texto constitucional, cumplir con las exigencias de la protección ambiental y reconocer su relación estrecha con el desarrollo económico y social sostenible, es un mandato para el Estado a través de los órganos competentes en aplicar esta política. Por tanto, su aplicación se instituye como principio constitucional de actuación de los órganos estatales y se convierte en fundamento informador del ordenamiento jurídico.*[29]
Este nuevo modelo económico erigido a través de la aprobación de los Lineamientos en el 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba, opinan los autores que deberá repensarse un nuevo derecho ambiental, dentro del derecho interno cubano, y dentro de la temática que se aborda, es meritorio significar que el sistema contable del país aún no incorpora en toda su dimensión los riesgos medioambientales, para evaluar responsabilidades, de ahí la importancia que adquieren las organizaciones estatales y profesionales a la hora de definir los hechos medioambientales y marcar las pautas para su reflejo contable, de forma que las empresas conozcan cuál sería la línea de actuación en este campo mejorando la comparabilidad de la información suministrada, de lo que hoy se denomina en el mundo contable, la contabilidad verde.
Esta deuda legislativa, relacionada con el seguro ambiental, debido a que nuestra legislación no lo establece de manera fáctica, aunque deja abierta en la clasificación de los ramos donde el legislador señala de forma abierta "otros", coligiendo los autores que no está aún definido, factor este muy vinculado a la comisión de daños al ambiente, fundamentalmente de los que proceden de

jurídicas, así como las competencias que le corresponden a los órganos de control establecidos dentro del derecho sustantivo cubano.

[29] HERNANDEZ AGUILAR, Msc. Orisel. Consultar el artículo relacionado con los retos ambientales de la Constitución Cubana, publicado por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo, del Proyecto ECOIRE. UNJC. Bajo el titulo de: RETOS Y TENDENCIAS DEL DERECHO AMBIENTAL CONTEMPORÁNEO. Colectivo de autores-ONBC, 2011. Donde se abordan las principales falencias en el texto constitucional en materia ambiental a criterio del autor, del cual coincidimos que se deberá abordar en el momento que se decida por parte del Estado cubano en esta materia. Cuba. Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Pinar del Rio. Estos autores consideran la necesidad de reformar el texto constitucional en relación con la política ambiental.

la actuación de las Personas Jurídicas, si tenemos en cuenta que por la obsolescencia tecnológica imperante en el país, podríamos señalar que la industria cubana por su heterogeneidad y muchos años de explotación, no cumple con los estándares internacionales relacionado con el mercado de las Producciones más Limpias,[30] ocasionando agresión al medio ambiente, sin dejar de reconocer esta comisión también por parte de las Personas Naturales, con el incremento de los pequeños empresarios (Trabajadores por Cuenta Propia), que cada día van en aumento sin cumplirse las buenas prácticas con el medio ambiente.

Es por esto que los autores coinciden que tendrá que repensarse el derecho del medio ambiente con miradas nuevas, la mayor parte del daño ambiental ocurre por causas lícitas y el derecho ambiental lo contempla en la distancia e impasible, que como expresara Rey Santos, parece haber muy pocas dudas sobre el vínculo de la crudeza de estos fenómenos y el actuar humano. No solo por las crecientes indicaciones sobre los cambios climáticos de origen antrópico, sino también por el modo en que el manejo de bosques, humedales, cuencas y otros recursos, contribuye al costo humano y económico de estos fenómenos. Son mega fenómenos de daño ambiental, aunque en una primera mirada no parezcan aprehensibles jurídicamente.[31]

Mandatos legales que no han sido aún cumplidos por el Estado cubano, como el de implementación dentro del ordenamiento ambiental, la regulación de un seguro ambiental obligatorio, relacionado con el ambiente de control, desafíos de la legislación ambiental en este siglo XXI, con la introducción de elementos trasversales u horizontales en la regulación de las distintas esferas específicas del medioambiente, enunciados a nivel de principios y sin un adecuado desarrollo.

*No es desconocido que el artículo 27 de la Constitución, consagra la protección ambiental como función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitan a los órganos competentes para que intervengan en la protección del medio ambiente inspirados en el de-*

[30] Consultar el MANUAL DE PRODUCCIONES MÁS LIMPIAS. CITMA. La Habana. Cuba.

[31] Consultar la obra científico del Director de Politica Ambiental, del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, REY SANTOS, MSc. Orlando. Cuba. 2012.

*sarrollo sostenible, se ordena la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de ¨hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras ¨con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad trascienden al texto constitucional cubano, posición asumida por Hernández Aguilar*[32] *en sus publicaciones sobre los retos ambientales de la Constitución, que en su actualización deberá contener. Esta protección medioambiental en Cuba es considerada por Monzón Brugera como un mandato de acción para los órganos y organismos estatales, mientras que el deber ciudadano de protección no atañe a todo el medio ambiente que hay que proteger en virtud del concepto jurídico de medio ambiente consagrado en el ordenamiento positivo, sino exclusivamente al ambiente natural. De este modo, queda fuera no solo el ambiente social, sino también el artificial constituido por lo que circunda al hombre y que él mismo ha creado.*[33]

El sector empresarial, conocedor de las disposiciones jurídicas reguladoras de políticas ambientales, no son debidamente acatadas por diversas causales o contradicciones, entre las que consideramos los autores al significar: por falta de prioridad del tema ambiental, por inadecuado manejo de los presupuestos o en ocasiones la actividad no es prioridad, otras sí consideran que la poseen relegándola a segundo y terceros planos, sin una adecuada visión de futuro en relación con la disminución o mitigación de los problemas ambientales en diversos escenarios a transformar; los organismos de la Administración Pública que tienen que ejercitar las acciones de control no la ejecutan con la adecuada rigurosidad que el tema amerita; a pesar de que los medios de comunicación

[32] HERNANDEZ AGUILAR, Msc. Orisel. Consultar el artículo relacionado con los retos ambientales de la Constitución Cubana, publicado por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo, del Proyecto ECOIRE. UNJC. Bajo el titulo de: RETOS Y TENDENCIAS DEL DERECHO AMBIENTAL CONTEMPORÁNEO. Colectivo de autores-ONBC, 2011. Donde se abordan las principales falencias en el texto constitucional en materia ambiental a criterio del autor, del cual coincidimos que se deberá abordar en el momento que se decida por parte del Estado cubano en esta materia. Cuba. Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Pinar del Rio.

[33] Ibídem no. 25.

social es recurrente el tratamiento de temas medioambientales; pero no concebimos la percepción del riesgo, aspectos validados por Guevara Martínez, Viamontes Guilbeaux, y Rodríguez Coquet, quienes desde el derecho laboral han abordado lo socio-ambiental y sus implicaciones negativas. [34]

Otros autores contrastados en materia de derecho comparado del área latinoamericana como Argentina, Chile, Colombia, México, y los Estados Unidos, y de la Comunidad Europea como Ahumada F., Viguri Pereda, García Castro, quienes consideran que los orígenes del seguro ambiental están dados en atención a que hoy en día, los riesgos medioambientales cobran vital relevancia en la industria de los seguros considerando que éste ha ido evolucionando a través del tiempo y no sólo se aseguran necesidades económicas, derivadas de la actividad empresarial, sino que se asegura también la calidad de vida del individuo.

De esta forma, han aparecido nuevos riesgos cuyas implicaciones económicas son desconocidas y no existe un conocimiento científico suficiente para valorar todos los daños asociados a la ocurrencia de grandes problemas medioambientales del futuro como el cambio climático y la escasez de agua potable.[35]

Si tomáramos como referencia la estructura de una póliza de contaminación, que deberá supeditarse para su formalización al resultado técnico de los cuestionarios previos y auditorías sobre la gestión ambiental de la empresa (auditoría ambiental) realizada en la Comunidad Europea de hoy, constamos que se señala la incidencia de importantes problemas, relativos a lo que debe entenderse por contaminación, daño y perjudicado. De acuerdo a los acuerdos de subscripción entre instituciones aseguradoras y reaseguradoras para la asunción de los riesgos medioambientales.

Así, en el ámbito norteamericano, conocido como Plia y, en España llamado Pool Español de Riesgos Medioambientales (asociaciones de aseguradoras), cuyas opiniones conjuntamente con las de la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNES-

[34] Los autores citados tienen una vasta obra científica relacionada con el derecho de la salud en materia ocupacional, denominado ambiente laboral. Con vivencias relacionadas con lo que concurre en el sector empresarial cubano.

[35] Consultar tesis en Ciencias Jurídicas y Sociales. UNIVERSIDAD DE CHILE. Escuela de Derecho. Sobre seguro y daño ambiental. Chile: AHUMADA F, Paula. 2007.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 85-118

PA), definen la introducción o dispersión en la tierra, mar o aire de materias o formas de energía que produzcan en la calidad de dichos medio un deterioro que resulte peligroso o dañino.
Estableciendo dos criterios: a) Que se origine en las instalaciones o en los trabajos, donde debe observarse un comportamiento respetuoso con el medio ambiente, siguiendo una auditoría ambiental previa; b) que se produzca de forma accidental y aleatoria, tanto con carácter repentino como gradual.
Objeto de seguro: incluye el daño emergente y el lucro cesante, con la consiguiente carga de la prueba, así como los gastos de prevención y aminoración. Según el pool, las prestaciones del asegurador se componen de las siguientes partidas:

1. Pago de indemnizaciones por daños personales, materiales y perjuicios consecutivos, definidos con anterioridad y con las limitaciones ya señaladas (supra).
2. Abono de gastos originados para detener, aminorar o neutralizar la contaminación, siempre que se hayan iniciado y afectado (o sean susceptibles de hacerlo) a terceros.
3. Reintegro de gastos efectuados con la finalidad de evitar un riesgo inminente de contaminación.
4. Restitución de las costas judiciales y extrajudiciales o los gastos de la constitución de fianzas.

3) Exclusiones: Entrarían en esta categoría los incumplimientos dolosos como las multas y los daños propios. El pool excluye de la póliza los bienes naturales o con valor medioambiental o ecológico que son difíciles de valorar, pero no por ello deben quedar fuera de cobertura los daños derivados de instalaciones nucleares radioactivas (que poseen su propio seguro), las instalaciones del asegurado (incluyendo la propiedad, posesión o uso de vehículos terrestres, artefactos volantes o embarcaciones), los daños genéticos en personas, animales o plantas, las reclamaciones por modificaciones en el nivel, caudal o curso de las corrientes o masas de agua subterránea o superficial, los producidos al personal de la empresa, además de los perjuicios puros que no son consecuencia directa de daños personales o materiales sufridos. Por último, se incluyen aquellos daños cuya ocurrencia no podía ser prevista por el asegurado, debido al estado de los conocimientos científicos y técnicos en el tiempo en que aconteció la causa de tales daños, puesto que en las opera-

ciones del cálculo de la prima no se pudieron prever.
4) Delimitación temporal: Tradicionalmente se han configurado con el sistema "claims made", fórmula cuestionada por los tribunales de algunos países. De ahí que actualmente se estén subscribiendo pólizas bajo los principios "primera manifestación verificable", en virtud de los cuales el asegurador cubre los daños declarados, por primera vez, durante la vigencia de la póliza, siempre que no sean consecuencia de causas antiguas sobrevenidas con anterioridad a la fecha del contrato ("contaminación histórica").
5) Delimitación territorial: Será importante delimitar el ámbito geográfico de la aplicación de la póliza. Estipula el pool que debe incluirse toda responsabilidad por daños originados a cualquier país de la Unión Europea (lo que se entiende como responsabilidad por contaminación transfronteriza).
6) Siniestros en serie: Se estima que todos los daños que obedezcan a un mismo siniestro o a una misma causa o causas relacionadas con el mismo, constituyen un único siniestro a los efectos del límite cuantitativo de la póliza.
7) Suma asegurada y límite máximo: Puntos expuestos con anterioridad.
8) Garantías opcionales: En función de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.
9) Cláusulas administrativas: Son los términos que regulan las obligaciones de las partes.
Finalmente, queremos significar que en el año 1997, un grupo de compañías de seguros puso en marcha una iniciativa, en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), cuyo objetivo consistió en promover la gestión en el sector de seguros. En la actualidad, ya más de 80 aseguradoras de 26 países se han adherido a ella. El plan obliga a realizar una adecuada gestión de riesgos ecológicos, una introducción de consideraciones ambientales en las operaciones internas, así como la realización de revisiones periódicas y la promoción de productos y servicios verdes. En España, podemos constatar el Pool de Riesgos Medioambientales[36].
Con la certificación de las normas ISO 14 001. Hay una experiencia que curiosamente, son las PYMES (Pequeñas y Medianas Empre-

[36] VIGURI PEREA, Dr. Agustín. Profesor Titular de Derecho Civil. UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓ. Licenciado en Derecho Norteamericano. UNIVERSITY OF PITTSBURGH, USA.

sas) las más interesadas en los seguros de contaminación (como se les conoce popularmente), mientras que las grandes compañías siguen prefiriendo optar por contratar esta garantía dentro de sus seguros tradicionales de responsabilidad civil como el de carácter forzoso o el de libre contratación y otras clasificaciones entre las que están los seguros de responsabilidad por: derrame de Hidrocarburos u otras sustancias nocivas, de responsabilidad por accidentes nucleares, de responsabilidad civil por contaminación y la póliza de responsabilidad por contaminación asimilada de asociación de aseguradores no marítimos.

## 5 - Conclusiones.

- El seguro medioambiental no deberá ser mirado como la única herramienta útil en la tarea de preservar el ecosistema. Es un instrumento que si bien protege el patrimonio estatal o privado e individual de un asegurado ante la generación accidental de un daño al medio ambiente producto de la realización de una actividad, presenta ciertas dificultades en relación a su aplicación que no deben dejarse de lado a la hora de constituir un efectivo sistema de reparación medioambiental.
- Regular, a través del Ministerio de Finanzas y Precios y de la Empresa de Seguros Nacionales la normativa correspondiente a los seguros de responsabilidad ambiental, sobre la base de experiencias y legislación internacional en la materia, aplicándolos al contexto cubano, en respuesta a la política en materia ambiental del que el país es Parte.
- Concientizar al sector empresarial estatal y no estatal, en la importancia que reviste concertar un contrato de seguro de responsabilidad ambiental, que contribuyan al fortalecimiento de la capacidad económica y al desarrollo sostenible del país, sobre la base del respeto a la soberanía e independencia nacionales y de la protección y uso racional de los recursos naturales; y establecer, a tales efectos, las regulaciones legales principales bajo las cuales debe realizarse aquella.
- Implementar dentro del sistema empresarial estatal y privado la contabilidad ambiental, que permita a estos empresarios tener acceso a implementar políticas relacionadas con las producciones limpias, a certificadas por la Contraloría General de la República a

través de la práctica de la auditoría ambiental.
- Revisar la actual legislación ambiental cubana, en pos de su actualización donde se establezcan nuevas pautas relacionadas con la responsabilidad ambiental, el control ambiental y el seguro ambiental. Que tributaran a un mejor control por parte de los órganos y organismos del Estado y de la Administración Pública con competencia y jurisdicción.
- Contextualizar la política inversionista de Cuba expresada en la normativa de la inversión extranjera, con las buenas prácticas ambientales, necesitada de la implementación de una política en materia de seguro, que tributen al desarrollo sustentable o sostenible, en armonía con los recursos naturales.

**6 - Bibliografía.**


- ALENZA GARCÍA, J.F. 2001. Manual de Derecho Ambiental, Editora de la UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA, Pamplona, España.
- AGUILAR, G. y autores. 2004. Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica. Tomo I. Editora Unión Mundial de la Naturaleza. CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL DE LA UNIÓN MUNDIAL POR LA NATURALEZA. Costa Rica.
- ASPECTOS GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA GESTION AMBIENTAL EMPRESARIAL. GRUPO DE TRABAJO ESTATAL. Producciones más limpia, consumo sustentable. 2009. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. La Habana. Cuba. P. 49- 59.
- ARNER GUERRE, A. 2013. Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medioambiental. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. España.
- ASEGURACIÓN DE RIESGO, Serie de Seguro. 1956. No.112, New York The World Insurance Market. Zurich, Alemania.
- BARRERA GRAF, J. 1963. El Derecho Mercantil en la América Latina. Editora UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. México.
- BARRERA, S. L. 1956. Ciencia del Seguro, Editora Columbia SA, La Habana. Cuba.
- BROSETA PONT, M. 1991. Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A. Madrid. España.
- BESA ANTUNES, P. 2001. Daño ambiental, unma abordagem

conceitual. Editorial Lumn Juris. Brasil.
- BERNAL PEDRAZA, A. Y. 2009. Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Colombia.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. 2010. Derecho Ambiental. Fundamentación normativa. España.
- BARBATO, N. H. 2001. Derecho de Seguros. Editora Hammurabi, Buenos Aires. Argentina.
- BUERES, A. J-KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. 1997. Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Argentina.
- B. CALZÓN. 2002. Medio Ambiente y Empresa. Las aseguradoras promueven una póliza de responsabilidad ambiental, Cinco Días. España.
- CAMACHO RODRÍGUEZ, T. 2010. El seguro en Cuba, antecedentes, desarrollo y perspectivas, Revista Cubana de Derecho. No. 33. Año XVII. La Habana. Cuba.
- COLECTIVO DE AUTORES. 1998. El Seguro como categoría económica en el estado socialista, Editora Universitaria, La Habana. Cuba.
- CABEZA ARES, A. M. 2003. Los seguros de responsabilidad civil medioambiental en la obligación de reponer y restaurar el medioambiente alterado, Editora UNIVERSIDAD DE LEÓN, León. España.
- COMITÉ CENTRAL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA: Lineamientos Económicos del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba. 2011. Editora Política. La Habana. Cuba.
- CONVENCIÓN DE LONDRES SOBRE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD, 1976.
- CASTELO, J. Diccionario de Seguros. Editora MAPFRE S.A., Madrid. España.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. 1996. La reparación de los daños al medio ambiente, Aranzadi. España.
- CAÑIZARES ABELEDO, F. 2012. Derecho Comercial. Editora Ciencias Sociales. La Habana. Cuba.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, R. 2003. Empresas Mixtas. Regulación Jurídica. La Habana. Cuba.
- DECLARACIÓN INTERNACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA.

www.uneptie.org/pc/cp/declaration/homr.htm

- DECLARACION DE PRINCIPIOS DE PRODUCCIÓN LIMPIA, Reunión de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur. 2003. Montevideo, República Oriental del Uruguay.
- DE LUGO BENÍTEZ, B. 1995. Tratado de Seguros. Editora ASES SA, Madrid. España.
- DIEZ PICAZO A. 1997. Sistema de Derecho Civil. Editora ASES SA, Madrid. España
- JORDANO FRAGA, J. 2003. El Derecho Ambiental del Siglo XXI. En de Derecho Ambiental. http://huespedes. cica.es/aliens/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm (visitado el 18 de enero de 2009). España.
- JAQUENOD DE ZSOGON, S. 1991. El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, 3ª ed., Editora Dykinson, S.L. U.S.
- LOZANO CUTANDA, B. 2004. Derecho Ambiental Administrativo, 5ta ed, Editora Dykinson, Madrid. España.
- MARTÍN MATEO, R. 1875. Manual de Derecho Ambiental, 2da ed, Editora Trivium, S. A, Madrid, España.
- MEILIJ, G.R-BARBATO, N.H. 1975. Tratado de Derecho de Seguros. Contrato de Seguros. Seguros de Daños, Editora Zeus, Rosario. Argentina.
- MARTÍNEZ ESCOBAR, M. 1945. Los Seguros. Editora Cultural, La Habana. Cuba.
- MÓDULO: Sistemas de Seguro. Máster sobre el Derecho de los Negocios: sus proyecciones económicas e internacionales. UNIVERSIDADES AUTÓNOMAS DE MADRID Y DE LA HABANA, 1993. Universidad Autónoma de Madrid. La Habana. Cuba.
- HERNANDEZ AGUILAR, O. y ANDINO RUIBAL, A. R. Fundamentos jurídicos constitucionales de la gestión ambiental en Cuba. Propuestas para su perfeccionamiento desde una perspectiva integral. 2013. La Habana. Cuba.
- HENRÍQUEZ UREÑA, F. 1937. La evolución del seguro en Cuba, revista Seguros, p.26. La Habana. Cuba.
- SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. 1994. La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medioambiente, Editora J. M. Bosch, Barcelona. España.
- INSTITUTO DE INFORMACIÓN DEL SEGURO, NEW YORK: Experiencias sobre seguros 1970. p. 9. U.S.
- NICHOLAS, B. Forcé Majeure and Frustration. 1979. In 27. The American Journal of Comparative Law. U.S.

- TALLÓN, D. 1971. Commentary on the International Sales Law, Italia. Best's Key Rating Guide, Property-Liability.
- PÓLIZAS DE SEGUROS DE ESICUBA. 1999. Propiedad y Contenidos Transportación de Mercancías. Cuba.
- GARRIGUES, J. 1983. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 8va Edición, Madrid, España.
- GARRIDO VASQUEZ, R. 2008. Las consideraciones ambientales en la toma de decisiones económicas de Cuba. Una actualización. En BETSIME. Cuba.
- ¿La economía verde o la economía del desarrollo sostenible? Retos actuales y respuestas a los lineamientos del 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba. I Congreso de Politica, Derecho y Justicia. 2013. La Habana. Cuba.
- GARCIA CASTRO, M.J. 2012. Requerimiento de los principios de prevención y precaución ambiental: seguro ambiental obligatorio. UNIVERSIDAD DE CÓRDOVA. Argentina.
- MARK R. GREENE: Riesgo y Seguro. 1999. Editora MAPFRE, S.A. España.
- RODRIGO URÍA Y MENÉNDEZ AURELIO. 2001. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Civitas S.L, Reimpresión, Madrid, España.
- RUIZ DE VELASCO, A. 1992. Manual de Derecho Mercantil, Editores Deusto S.A., Bilbao, España.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. 1992. Derecho Mercantil, 2da ed. corregida, Editorial Ariel, Barcelona, España.
- SÁNCHEZ CALERO, F. 1996. Instituciones de Derecho Mercantil, 19na edición, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España.
- VIVANTE, C. 2003. Derecho Mercantil. UNIVERSIDAD DE BOLONIA. Editora Madrid. España.
- WOLTER DEL RÍO, G. 1931. Informe y Proyecto de ley de seguros. La Habana. Cuba.
- YANEZ QUIVEIRO, M. 2000. El seguro. En Cubana de Derecho. La Habana. Cuba.
- VEGA VEGA, J. 1997. Cuba, Inversiones Extranjeras. La Habana. Cuba.
- VICENT CHULIÁ, F. 1991. Compendio Crítico de Derecho Mercantil, 3era edición. Editorial José María Bosch, España.
- VALLS, M. y Brill R. 2011. Prevención y compensación frente al daño ambiental–El seguro Ambiental. www.cedha.org/docs/doc156-spa.doc. Consultado el día 6 de junio 2011.

- Sitios web consultados:
- www.undp.org.cuppdestrategi.htm.Estrategianacionaldecubahttp72.14.207.104searchq=cache0hroEu_oCXcJ El 27 de febrero 2012.
- http://www.cinu.org.mx Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.[en línea] El 7 de mayo de 2010.
- www.undp.org.cuppdestrategi.htm.Estrategianacionaldecubahttp72.14.207.104searchq=cache0hroEu_oCXcJ El 27 de febrero 2012.
- CD rom de la IX Convención Internacional MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO. Julio 2013. La Habana. Cuba. Memorias del evento internacional.
- www.cea.assur.org. Comité europeo de seguros.

# NECESIDAD SOCIAL DE LA INTERVENCIÓN UNIVERSITARIA EN LOS PROCESOS MEDIOAMBIENTALES EN LAS COMUNIDADES COSTERAS.

***Joao Domingos Victor***
República de Angola
Doctorante de la Universidad de Oriente
Centro de Estudios de la Educación
República de Cuba

***Santa Nurkis Díaz Rodríguez***
Asesora Juridica
Delegación Territorial del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente
República de Cuba
Email: nurkis@citma.inf.cu

***Alcides Francisco Antúnez Sánchez***
Profesor Auxiliar
Derecho Ambiental y Mercantil Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Carrera de Derecho
Universidad de Granma
República de Cuba
Email: aantunez@udg.co.cu, alcides.grm@infomed.sld.cu

**SUMARIO**:

Introducción.
1 - Panorámica acerca del desarrollo de la ciencia y las tecnologías
2 - Caracterización de Angola
3 - Caracterización de las comunidades costeras de Angola
4 - La necesidad social de la intervención universitaria en los procesos medioambientales en las comunidades costeras de Angola desde la pedagogía
5 - Conclusiones
6 - Bibliografía.

**Resumen**:

El trabajo tiene como pretensión fundamental realizar un estudio gnoseológico sobre el estado de conocimiento del Derecho del Medio Ambiente en la República de Angola, para esto se realiza un estudio y análisis de la actual normativa ambiental vigente y de los sistemas de derechos utilizados en materia de derecho comparado. Se ejecuta además todo un estudio desde las ciencias sociales que permiten hacer un abordaje desde una dimensión social a la problema ambiental, principales factores y adversos ambientales, que inciden en la protección de los recursos ambientales en Angola.
Se realiza un estudio de la función universitaria como generadora de cultura, en el caso específico de su encargo para sustanciar los procesos ambientales, se hace imprescindible dirigir sus procesos, no solo en el sentido de hacer coincidir los objetivos de la práctica y la profesión con la conducta del profesional, sino a la formación general e integral del ciudadano como gestor de esos procesos, considerando un estilo de pensamiento científico.
Para esto se identifica que la formación en el estudiante, particularmente de la carrera de Derecho, de un estilo de pensamiento desde su profesión, que trascienda sus límites y que el autor del presente trabajo advierte como un estilo de pensamiento científico totalizador; *el ambiental.* Utilizando para esto como métodos científicos de apoyo a la investigación el histórico lógico, el exegético-jurídico, el análisis y revisión de documentos científicos tanto sociales como jurídicos.

**Palabras claves**: educación, cultura, derecho ambiental, responsabilidad ambiental, intervención universitaria.

**Abstract:**

The work has like fundamental hope to accomplish a study gnoseológico on the status of knowledge of the right of The Ambient midway at the Republic of Angola, ad hoc a study and analysis of the present-day environmental ground rules in use of the systems of rights utilized on the subject of comparative jurisprudence and are accomplished.
It executes besides all of a study from the social sciences that they enable doing a boarding from a social dimension to her environmental problem, principal factors and adverse environmental, that they have an effect on the protection of the environmental resources in Angola.
A study of the university show like generating plant of culture, in the specific case of his assignment to substantiate the environmental processes, to direct his processes becomes essential, comes true you did not sole in the sense to match up the objectives of practice and the profession with the professional's conduct, but to the general and integral formation of the citizen like manager of those processes considering a style of scientific thought,.
Ad hoc you provide evidence of identity than the formation in the student, particularly of the race by right, of a style of thought from his profession, that you transcend his limits and that the author of the present work notices like a style of scientific totalizing thought; *The environmental.* Utilizing the historic logician to the investigation ad hoc like scientific backup methods, the exegetic juridical, analysis and revision of scientific documents so much social I eat juridical.

**Key words:** educación, cultura, derecho ambiental, responsabilidad ambiental.

**Introducción:**

El desarrollo del hombre en sociedad a partir de su intervención en procesos sociales determina la relación hombre-naturaleza-sociedad por lo que cualquier análisis posterior debe estar signado por el reconocimiento de esa relación y la percepción del hombre como un sujeto cognoscente, consciente de su accionar en esos procesos sociales.

Aún cuando el fraccionamiento del conocimiento científico es una realidad ineludible, la única vía de solución a los problemas ambientales es darle un carácter tridimensional, pues son al mismo tiempo procesos científicos, tecnológicos y ambientales.

La relación hombre-naturaleza, aunque incluye la explotación y manejo de recursos naturales, contiene varias esferas específicas de protección; que se encuentran diseminadas en toda manifestación de la conducta humana, a partir de que el hombre se desarrolla, actúa y transforma su contexto social y natural. De ahí que toda manifestación de conducta humana en sus relaciones sociales es susceptible de ocasionar un impacto negativo o positivo en el Medio Ambiente, natural o construido según sea el caso.

Consecuentemente, dada la función universitaria de generar cultura, en el caso específico de su encargo para sustanciar procesos ambientales, se hace imprescindible dirigir sus procesos, no solo en el sentido de hacer coincidir los objetivos de la práctica y la profesión con la conducta del profesional, sino a la formación general e integral del ciudadano como gestor de esos procesos, considerando un estilo de pensamiento científico.

Sopeña (2010); Chivas (2010); Díaz (2011), abordaron la formación de un estilo de pensamiento científico para determinadas ciencias. No obstante, en casos complejos, obedeciendo a causas múltiples, su solución requiere un carácter global, con el esfuerzo coordinado y conjunto de una pluralidad de actores, entre ellos, los de la educación, dado por la dinamización de su enfoque para desaislar las disciplinas que lo contemplan, y articular los actores que intervienen. Entonces, trasciende los límites de una ciencia particular desde la labor extensionista universitaria, sustentada en la educación popular.

Coincidentemente, Vega (2011), en ellos incluye "*El problema Me-*


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 119-148

*dioambiental, porque ha sido abordado de una manera fragmentada, en el conocimiento, primando en la sociedad de hoy el desentendimiento al respecto, no obstante, es un problema complejo*"[11].
Para el profesional del Derecho la responsabilidad ambiental es un criterio de imputabilidad y no un valor que se construye como parte del entramado de relaciones sociales en las que interviene el ser humano como sujeto Díaz Rodríguez Santa Nurkis (2011).
Se impone, la formación en el estudiante, particularmente de la carrera de Derecho, de un estilo de pensamiento desde su profesión, que trascienda sus límites y que el autor del presente trabajo advierte como un estilo de pensamiento científico totalizador; *el ambiental*. Categoría que designa aquella función intelectual cosmovisivo sobre los procesos ambientales que entrañan una responsabilidad global más allá de los límites espacio- tiempo, es decir, una responsabilidad tanto con las generaciones futuras como con el planeta en su integridad física Victor Joao Domingos (2012).
Sirve de ejemplo, la zona costera angoleña, donde dicha responsabilidad, está limitada, caracterizándose por una deteriorada gobernabilidad ambiental, dada por la pesca ilícita, asociada a otros problemas: la pérdida de la diversidad biológica, revelada por la captura de especies cuya fragilidad está acreditada, contaminación de las aguas, degradación del suelo marino y del medio acuático. Esta falta de gobernabilidad ambiental, está determinada por los siguientes factores:

- *Déficit de control y fiscalización gubernamental.*
- *Insuficiencias en la cantidad y calidad de embarcaciones modernas y apropiadas para la labor de fiscalización de la zona costera, matizado por obsolescencia de las ya existentes.*
- *Insuficiente cantidad y calidad de los Recursos Humanos que deben acometer el manejo, control y fiscalización de los recursos naturales, históricos y culturales del ambiente en Angola.*

Visto así, esta valoración causal advertida desde las ciencias sociales, solo puede solventarse trabajando, a partir de la ingeniería o reingeniería de los procesos, en los que se forman los Recursos Humanos que deben acometer el manejo, control y fiscalización de los recursos naturales, históricos y culturales de las zona cos-

[1] Vega Peña, Yoandy. Investigador del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de Cuba.

teras del ambiente angolano.
La contradicción está dada a partir de la relación que se establece entre la orientación de los procesos ambientales en el Proceso Docente Educativo y la comprensión del carácter globalizante de estos procesos.
Por lo que se declara como problema las Insuficiencias en el cumplimiento de la misión universitaria de la asignatura Derecho Ambiental desde la carrera de Derecho, en la formación cultural de segmentos de la población angoleña residentes en las zonas costeras. Tomando como sector interviniente: *la comunidad,* por ser el medio natural donde se concretan dichos procesos ambientales.
El objetivo está centrado en argumentar la necesidad social de la elaboración de una estrategia de intervención para solventar las insuficiencias en la comprensión del carácter globalizante de los procesos ambientales, a partir de la formación de un estilo de pensamiento científico, cuya dinámica parte de la labor del estudiante de la carrera de Derecho en su extensión universitaria, hacia las comunidades costeras.
Que tiene como significación Social la elaboración de una estrategia de intervención para la participación del sujeto aprehendiente de la carrera de Derecho contribuirá a la búsqueda y análisis reflexivo del conocimiento ambiental, favoreciéndose la capacidad de motivación, la orientación del docente que dirige el proceso e incluso las propias habilidades de éste para la reflexión, organizada en un sistema de acciones y medios didácticos destinados a la extensión universitaria del estudiante en las comunidades costeras.

1 - **Panorámica acerca del desarrollo de la ciencia y las tecnologías**:

La revolución científico técnica es el hecho que señala el punto de partida de desarrollo de la ciencia y las tecnologías, en el orden; político, social, cultural, económico e ideológico, iniciado entre los siglos XVI y XVII, cuyas consecuencias se manifiestan de diversas formas en todos los países; desarrollados, en desarrollo, subdesarrollados y en los diferentes sistemas sociales.
Esta nueva era es una era de ciencia, cada día se hace más urgente destruir los límites de la profesión entre los científicos. El científico no solo debe recurrir al descubrimiento del hecho

científico, sino que debe ocupar su hacer en la gestión de procesos a fin de perfeccionar la aplicación de la ciencia desde una perspectiva globalizante.

Los procesos de enseñanza, son procesos de ciencia, entendida esta no como ente diferente de la tecnología sino como término que lo contiene, como procedimiento, sistematización, trabajo científico que se usa para entender y aplicar la ciencia y que no pierde en momento alguno, su esencia y rigor.

En consecuencia, es medular, entender el desarrollo social como un proceso complejo de implicaciones económicas, jurídicas y ambientales como regularidad esencial.

Para el logro del objetivo propuesto, se considera necesario abordar la dimensión social de la ciencia, partiendo de su conceptualización, que contribuirá a la argumentación de la necesidad social de la intervención Universitaria en los procesos medioambientales en las comunidades costeras de Angola.

La palabra ciencia, deriva etimológicamente en las lenguas modernas del vocablo latino "Scientia", que viene de "scire" que significa *saber*. En general, en sentido amplio y significa: conocimiento, práctica, doctrina, erudición, conocer, tener noticia de, estar informado. Algunos científicos encabezados por Kant, I. (1724-1804), [Apud] Rosental, M. y P.Iudin (1981:256-257), consideran la ciencia como un sistema de conocimientos, con un objetivo fundamental: descubrir las leyes de los fenómenos y encontrarles una explicación.

Esta definición analiza la ciencia unilateralmente, de manera cientificista, con finalidad limitada, sin establecer nexos sociales, ni su repercusión en la sociedad. Establece solo la relación ciencia-fenómeno, sin considerar la relación ciencia-sociedad, donde la ciencia funciona como información acumulada a lo largo del desarrollo humano, al transmitirse los descubrimientos del hombre de una época a otra de manera espiritual.

De acuerdo con el criterio de Kedrov B. (1982), la ciencia es un importantísimo elemento de la cultura espiritual, la forma superior de los conocimientos humanos, un sistema de conocimientos en desarrollo, los cuales se obtienen mediante los métodos cognoscitivos y se reflejan en conceptos exactos, cuya veracidad se demuestra a través de la práctica social. Añade además, que ciencia es *un sistema* de conceptos acerca de los fenómenos y leyes del mundo exterior o

de la actividad espiritual de los hombres que permite prever y transformar la realidad en beneficio de la sociedad.

En este sentido el ordenamiento jurídico angolano prevé en la Constitución de la República: artículo 39 referido *al Derecho al ambiente*, que todos tienen derecho a vivir en un ambiente sano y no contaminado, y asimismo el deber de defenderlo y preservarlo. Asimismo en sus apartados dispone:

2. El Estado adoptará las medidas necesarias para la protección del medio ambiente y de las especies de la flora y de la fauna en todo el territorio nacional, para el mantenimiento del equilibrio ecológico, la correcta localización de las actividades económicas y la explotación y utilización racional de todos los recursos naturales, en el marco de un desarrollo sostenible y de respeto por los derechos de las generaciones futuras y de la preservación de las diferentes especies.

3. La ley castigará los actos que pongan en peligro o perjudiquen la preservación del medio ambiente.

Este derecho constitucional debe ser advertido en relación con los artículos 16 y 21 del propio cuerpo legal referidos a: *Recursos naturales* y *Funciones fundamentales del Estado,* respectivamente.

En esta mirada, la ciencia se nos presenta como una institución social; como un sistema de organización científica, cuya estructura se encuentra estrechamente vinculada con la economía, la política, los fenómenos culturales, con las necesidades y las posibilidades de la sociedad dada. En esta concepción se comprende la ciencia como un sistema de conocimientos en desarrollo, lo que supone la aplicación sistemática de métodos, formulación de problemas científicos, incorporación de teorías, renovación de sus categorías intrínsecas y su confrontación permanente con los hechos en la sociedad.

Otra mirada esta centrada en, la necesidad es una categoría filosófica que se desprende de la esencia interna de los fenómenos, designa la ley, el orden y la estructura de los mismos. Es lo que debe ocurrir obligatoriamente en unas condiciones dadas y se complementa indefectiblemente con la casualidad (Rosental 1973:334). Los problemas ambientales no escapan a los efectos de la relación necesidad-casualidad, consiguientemente, el hombre necesita minimizar los efectos de los impactos negativos al medio ambiente y no, dejarlo a la espontaneidad ni a la casualidad sino dirigir la sociedad del conocimiento.

En ese sentido, para lo que requiere del esfuerzo mancomunado de los seres humanos, necesitándose imperiosamente una nueva revolución científica que democratice el conocimiento, una alfabetización científica.

La democratización de los procesos sociales pasa necesariamente por el subproceso de democratización del acceso al conocimiento científico. Núñez Jover[2] (2003) cuestiona, acertadamente además, el hecho de titularnos como "la sociedad del conocimiento" sobre la idea de que información no es conocimiento y solo crea ruidos, ignorancia y desconcierto si no cuenta con un marco teórico, conceptual y axiológico.

Por otra parte, los estudios sociológicos de la educación y la ciencia de Wagle (2002), López Cerezo y Lujan (2001), Morín (1994) apuntan a la insoslayable realidad de que acceso a la universidad no significa acceso al conocimiento toda vez que ese conocimiento debe ser científico, direccionado a una intencionalidad formativa y adquirido de forma lógica y racional.

Las Ciencias, la Tecnología y la Sociedad abordan de una manera u otra el tema medioambiental, Jover (1999), (2002) (2003); Díaz Caballero (2004); Menocal (2006), advierten la imperiosa necesidad de transformar el pensamiento ambiental a partir de un proceso de educación científica que permita el equilibrio científico-ecológico.

La crisis ambiental problematiza con los paradigmas establecidos y demanda por tanto, nuevas formas de orientar los procesos de construcción del saber, que permita un análisis integral de la realidad. La cuestión ambiental actual necesita de propuestas que internalicen sobre bases ecológicas y principios jurídicos y sociales a una gestión democrática de los recursos naturales en el logro de condiciones sustentables del planeta[3].

En ese sentido, se inserta esta propuesta sobre la idea además de que el conocimiento aún empírico sobre el procedimiento para desarrollar un proceso, constituye una tecnología, si es un conocimiento elaborado académicamente el que permite el desarrollo del proceso, entonces es conocimiento científico o tecnología sobre la

[2] Núñez Jover, Dr. Jorge . La ciencia y la Tecnología como procesos sociales. Habana 2003.

[3] Valdés Menocal, Célida. El saber Ambiental. Problemas Sociales de la Ciencia y la Tecnología. Habana 2004.

ciencia. Advirtiendo igualmente dos niveles en el trabajo científico uno a nivel de laboratorio que deviene en el descubrimiento de un hecho científico y un nivel sobre la ciencia existente donde se trabaja la ingeniería o reingeniería de procesos. Perteneciendo esta propuesta particular al segundo nivel.

**2 - Caracterización de la República de Angola.**

Angola, matizada por ser un país situado en el suroeste de África (África Austral, conocida en época colonial Occidental), que ocupa una superficie de 1.246.700 km$^2$(ver figura 1). Posee el pequeño enclave de Cabinda, localizado a 30 km al norte y que limita al norte y al este con la República Democrática del Congo, al este con Zambia, al sur con Namibia y al oeste con el océano Atlántico.
Tiene una costa de 1.600 km$^2$. Compartida en siete de las 18 provincias: Cabinda, Zaire, Kuanza Sur, Bengo, Luanda, Benguela y Namibe. La costa angoleña es sumamente rica en recursos naturales, destacándose una rica diversidad biológica, grandes yacimientos minerales de petróleo, diamantes; vetas de hierro, manganeso, cobre, uranio, fosfatos y sales, entre otros; que de continuar la exploración geológica, se agregaran como descubrimientos a la lista actual.
La capital es Luanda. Su población fue estimada en 19.000.000 de habitantes hasta 2011. Es un país plurilínguístico, siendo el portugués considerado la lengua oficial para la comunicación entre los angolanos, aunque existen otras lenguas nacionales, por ejemplo: Umbundu, Kimbundu, Kikongo, Tchokwe e N'gangela (Ministerio de Educación de la República de Angola, 2003).
Fue, durante cerca de 5 siglos una colonia portuguesa, que conquistó su independencia nacional el 11 de noviembre de 1975. La Ley constitucional angolana considera la educación como un derecho de todos los ciudadanos independientemente del sexo, raza, etnia y creencia religiosa. En 1977, fue aprobado un nuevo sistema de educación cuya implementación se inició en 1978, teniendo entre sus principios generales los siguientes:
*- Igualdad de oportunidades para el acceso a la continuidad de los estudios;*
*- Enseñanza gratuita en todos los niveles de educación;*
*- Perfeccionamiento constante en la preparación del personal docente.*


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 119-148

Este sistema está constituido por una enseñanza general en base a 8 niveles (la escuela Primaria obligatoria en cuatro años), la enseñanza preuniversitario en seis semestres, la enseñanza media se realiza en cuatro años (con dos ramos, técnicos y normal) y la enseñanza superior. Según el Ministerio de la Educación de Angola (2003), en 1977, Angola disponía de cerca de 25 mil profesores pobremente formados.

El mayor impacto sociocultural del nuevo sistema de educación, lo constituyó una explosión de la matricula, con una gran afluencia de la población en edad escolar. En 1974, estudiaban cerca de medio millón de angolanos. En 1980, alcanzó 1,8 millones. Sin embargo, no fue posible mantener dichos indicadores, puesto que el país, a pesar de la independencia continúo en guerra armada, cuyas consecuencias se podían sentir principalmente en las zonas rurales. Sus efectos nocivos repercutieron profundamente en las infraestructuras escolares. Innumerables escuelas fueron destruidas.

La guerra en Angola fue una constante desestabilización, provocando el empobrecimiento del Estado, de las poblaciones y de las escasas redes escolares. Grandes flujos de pobladores emigraban a las ciudades por considerarlas más seguras, aumentándose su concentración en ciertas provincias, como: Lubango (30%), Benguela (11,4%), pero principalmente Luanda (30%) en Huíla (13%). En las restantes provincias alcanzó un 10%.

La situación angolana continuó, y en el año 1996, cerca del 70% de la población en edad escolar, entre 6-14 años, tuvo el riesgo de ser analfabeto, por falta de oportunidades de acceso a redes escolares. Estimándose, una tasa de analfabetismo del 60% en los mayores de 15 años. Situación social que contrasta con el 1995, en el que estimó en cerca de 4 millones de personas de ellas, 2,5 millones eran mujeres. Atenuándose la situación con la distribución de los escolares en las escuelas de las diversas provincias y creándose en la enseñanza primaria el triple turno, con 60 a 80 alumnos.

En este contexto sociocultural adverso se inician los primeros pasos en la formación de las nuevas generaciones en dicho país con miras a la preparación de la 2ª reforma del Sistema de Educación. En el año 2001 la Asamblea Nacional de la República de Angola aprobó una ley sobre la formación básica en el Sistema de Educación (Ley No. 13 de 31 de Diciembre de 2001). Este documento contenía

las líneas que se pretendía emprender con el nuevo sistema, cuya estructura integra entre sus subsistemas: Educación Preescolar Enseñanza General, Enseñanza Técnico-Profesional, Formación de los Profesores, Educación de Adultos y la Enseñanza Superior.
Este nuevo proyecto de sistema de educación se preparó en condiciones muy precarias: pocos recursos, sin posibilidades de lograr la formación experimental de los estudiantes y menos, la integración de las instituciones en sus diferentes niveles con el entorno, cuestión, aún, no lograda en el país, requiriéndose trabajar en una *Reforma Curricular* con el fin de interrelacionar la ciencia, la tecnología, la sociedad y el ambiente en dicho contexto histórico y social, con vista al desarrollo del país, en el que se trabaja hoy con la asistencia de diversos países, entre estos se destacan los profesores cubanos.

**3 - Caracterización de las comunidades costeras de Angola.**

La comunidad, constituye un mecanismo intermedio entre la *sociedad* y *el individuo*, donde se materializan todas las interacciones del sujeto, la relación sociedad –individuo, donde las personas llegan a armonizar y a establecer acciones permanentes hacia un mismo fin, para el crecimiento individual y social.
La comunidad es definida por algunos autores como: organización donde las personas se perciben como unidad social, comparten un territorio, intereses y necesidades, interactuando entre sí y promoviendo acciones colectivas a favor del crecimiento personal ysocial, llegando a manifestar sentimientos de pertenencia como expresión de su identidad comunitaria.
La actividad fundamental es la pesca como principal fuente necesaria de alimentación y de ingresos, la población no es homogénea en sus características personales referidas a nivel de escolaridad, posibilidades económicas y reconocimiento social.
Un estudio retrospectivo de Angola, desde el censo de 1960 realizado, mostró que en la etapa colonial los grupos sociales, tenían políticamente su dependencia de Portugal y estaban compuestos por:
*Blancos……..172529*
*Mestizos……53392*


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 119-148

*Negros……4 604 362*
*Otros tipos……166*
Significando que la raza negra era aproximadamente 30 veces más de negros que blancos; siendo estos últimos los que mandaban, opinaban, decidían. Un ejemplo de ello es que la alimentación ofrecida por las empresas industriales y agrícolas a sus trabajadores negros en cualquier esfera del campo de su actividad laboral, tenía un esquema de: 700 gr. de mandioca, 150 gr. de frijoles e igual cantidad de pescado seco, 100 de maní y 50 de aceite de palma.
Ello revela, carencias nutritivas, particularmente en proteínas de origen animal. Pero además aseguraban que el trabajo que el trabajo era bueno para ellos, asegurándose que de un universo de 12561 pescadores, 11193 de ellos, fueran de la raza negra, para un porcentaje de 89.1%, mientras que 1 363, eran blancos. Predominando en aquellos el analfabetismo del 97.7% de la comunidad, el nivel irrisorio de la asistencia médica, que marcaba casos de 50% de muertes por enfermedades infecciosas prevenibles, como tuberculosis pulmonar, entre otras. Por solo citar algunos ejemplos de la composición histórica de las personas residentes en las zonas costeras de Angola (Monal Aleida 1974).
El cuadro actual aunque algo mejorado, no es muy diferente se compone de familias independientes, que se asientan en diferentes formas de estructura social, que sufren la falta de agua potable, de urbanización y de infraestructuras modernas que desarrollen el país.

### 3.1 - Principales problemas ambientales que enfrentan las comunidades costeras angoleñas.

Los problemas medioambientales constituyen, problemas reales, tangibles o intangibles, de origen natural o derivados de la actividad humana, que ocasionan incomodidades al ser humano por el menoscabo de un bien jurídico ambiental que puede ubicarse en la naturaleza, las construcciones humanas del entorno social o el valor histórico cultural que ha adquirido por la significación subjetiva que un grupo social determinado a configurado en torno a ese bien jurídico[4].

[4] Díaz Rodríguez, Dra.C. Santa Nurkis. Tipos de problemas medioambientales. Disponible en CD. Memorias del Congreso Internacional JURISCUBA 2011.

Dentro de los principales problemas ambientales que persisten en el medio ambiente humano[5] de las costas de Angola, se encuentran: La contaminación ambiental en sus variantes de contaminación atmosférica, sónica, de las aguas, del suelo; la acumulación de desechos; la pérdida de diversidad biológica; la degradación de los ecosistemas costeros determinada por la pesca excesiva e irracional y el desarrollo no planificado ni organizado de la acuicultura que tiene su máxima expresión en la degradación de los arrecifes coralinos, manglares, estuarios y tierras pantanosas .

El diagnóstico fáctico efectuado en la zona costera de Luanda (capital de Angola), arrojó como resultado además, que estos problemas ambientales tienen una causa común derivada de la actividad humana: la pesca ilegal en el litoral angoleño que genera:

- *Presencia continua de conflictos asociados al manejo sectorial de los recursos naturales en la franja marítimo-costera de Angola.*
- *Dispersión en la aplicación de los instrumentos de la gestión ambiental que dan una perspectiva de gobernabilidad y seguridad jurídica.*
- *Aumento significativo de los actos ilícitos ambientales que se suscitan en esta zona.*
- *Desarrollo del país de forma no sostenible.*
- *Asignación poco equitativa de los recursos naturales en perjuicio de la comunidad.*

Particular que ampara la necesidad de intervenir en la transformación socio-ambiental del sujeto cognoscente ambiental desde la transdisciplinariedad.

## 4 - La necesidad social de la intervención universitaria en los procesos medioambientales en las comunidades costeras de Angola desde la pedagogía.

La pedagogía como ciencia aporta las herramientas metodológicas para la formación de este estilo de pensamiento a partir de las prácticas inclusivas de pedagogía social que descansan en la ayuda que se ofrece a quienes están en alto riesgo social que

[5] Entendiéndose como Medio Humano al caracterizado por la escaza variedad de especies biológicas, precisamente por ser el medio donde prevalece una sola especie, la humana pero bajo la fragmentación construida socialmente de razas, civilizaciones y culturas.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 119-148

comprende la reinserción ante conductas desviadas en relación al medio ambiente a partir del empleo de las vías no formales de la educación para el caso de la transformación del estilo de pensamiento de la comunidad.

Sin desconocer la labor que se realiza en la vía formal como parte del proceso docente educativo en la carrera de Derecho desde donde la didáctica pedagógica solventa las falencias del currículo universitario, convirtiendo al profesional del Derecho en un gestor de los procesos ambientales. Entendidos estos como el conjunto de acciones estructuradas de forma natural, por la acción del hombre o combinando ambas, que impactan negativa o favorablemente el medio ambiente[6].

Desde esta perspectiva, la universidad recupera su papel de interface como mediadora de procesos sociales en los que la ciencia, la tecnología y la acción del hombre impactan el medio natural que comparten como bien común.

Coincidiendo con la percepción de Pedagogía Social como aquel proceso a través del cual se forma al hombre como ciudadano rescatando los valores morales que son parte de su género y se le proporciona la posibilidad de integrarse cultural y socialmente a la vida de la comunidad, esto se señala con el Sistema de Procedimientos Metodológicos para la Formación del Pensamiento , con mayor énfasis en el principio que acata la educación que no es otro que el de la "socialización"[7].

En consecuencia esa pedagogía inclusiva, democratizadora parte de la aplicación en la educación como mediadora de procesos ambientales de las siguientes reglas:

La legitimación de la universidad como gestor de procesos de transformación sociocultural, tomando como sustento la extensión universitaria.

- *Una concepción de la educación, el conocimiento y el aprendi-*

[6] Díaz Rodríguez, Dra.C. Santa Nurkis: Insuficiencias del currículo universitario del profesional del Derecho. En Sistema de Procedimientos Metodológicos para la Formación del Pensamiento Iusfilosófico. Tesis doctoral. Centro de estudio "Manuel F. Gran", UO. Santiago de Cuba.2011, p 111.

[7] D´Angelo Hernández, Dr. Ovidio: "La instrumentación práctica del enfoque de desarrollo humano reflexivo-creativo en el contexto social. Experiencias y perspectivas". disponible en http://www.clacso.edu.ar

*zaje que colocan neurálgicamente al estudiante como individuo social responsable, reflexivo y transformador de la realidad social circundante.*

- *La potenciación de las capacidades del pensamiento de más alto orden y el despliegue de la creatividad integral de los agentes participantes: profesores, orientadores, estudiantes y sujeto aprehendiente.*
- *La humanización de la responsabilidad ambiental como cualidad inherente al ser humano.*
- *La accesibilidad al conocimiento científico a partir de la capacitación a la comunidad por las vías formales e informales.*

Lógicamente estas reglas por sus implicaciones resuelven determinadas contradicciones sociales y generan otras, las que se entraran a resolver en la medida de que el sistema transforme mediante acciones sociales el entorno.

**4.1 - Contradicciones sociales que se proponen resolver**:

1. *La existente entre las políticas ambientales y educacionales en relación con la situación ambiental angoleña.*
2. *La contradicción entre la intencionalidad y la dirección del proceso docente educativo.*
3. *La suscitada entre los esquemas o paradigmas que modelan al profesional y la responsabilidad como ciudadano ambiental.*

Es significativo aclarar que con la salida de esta investigación solo se resuelven Contradicciones Sociales desde la pedagogía, por ser la esfera específica del conocimiento desde donde se propone modelar la dinámica de la formación del pensamiento ambiental como estilo de pensamiento científico. Por lo que quedarán otras por resolver por parte de la Administración Pública, si tenemos en cuenta que la educación es un servicio público que ofrece esta administración hacia sus administrados.

**4.2 - Contradicciones sociales generadas.**

1. *Entre lo tradicional y lo que se pretende generalizar como nueva estrategia de formación, manifestada en la resistencia al cambio.*
2. *Entre los intereses económicos y los intereses ambientales de la comunidad.*

3. *Entre la diversidad de los procesos ambientales y la singularidad que engendra la propuesta.*
4. *Entre el paradigma del consumo y el paradigma del compromiso ambiental.*

**4.3 - La necesidad social de la intervención universitaria en los procesos medioambientales en las comunidades costeras de Angola desde el Derecho.**

Para explicar la ontología del pensamiento ambiental como función intelectual cosmovisiva en relación a la actividad humana como elemento trascendente de los problemas y procesos ambientales, recurrimos a la responsabilidad como categoría que determina ese estilo de pensamiento y la responsabilidad como ha sido apreciada hasta el día de hoy, es una categoría jurídica.
Según Wikipedia[8], la enciclopedia libre; la *responsabilidad jurídica* es la imputabilidad jurídica de un hecho jurídico causada por la culpabilidad (dolosa o no) de la persona o por el simple acaecimiento del hecho desligado de la culpabilidad (responsabilidad objetiva); que supone el nacimiento de obligaciones para el imputado, y el nacimiento de derechos para el sujeto que se encuentre en posición de reclamarlas.
En el ámbito penal, la responsabilidad parte de este mismo supuesto, aunque la evolución histórica de la disciplina ha excluido la existencia de responsabilidad penal objetiva (se requiere culpabilidad) y se ha distanciado de las consecuencias antes descritas, limitándose a una sanción cuyos fines no son indemnizatorios, sino preventivos. Donde la imputabilidad surge de la existencia de una decisión de autoridad que atribuye tal condición por la transgresión de un deber ser (obligación o prohibición), o bien por otras razones justificadas en la conveniencia social de que una determinada persona no culpable sea responsable objetivamente.
Distinguiéndose jurídicamente entre *responsabilidad administrativa ambiental, civil ambiental y penal ambiental.*
Identificándose la responsabilidad ambiental con aquellas conductas que son realizadas por los servidores públicos, concesionarios

[8] *Búsqueda del 18 de Julio de 2011.*

de un servicio ambiental, o particulares, con las cuales provocan un daño al medio ambiente o a sus ecosistemas y que en dependencia de la naturaleza de la infracción sea entendida como una contravención un ilícito penal o una responsabilidad civil de reparación de daños.

La ciencia del Derecho puede aportar a la solución del problema social, el cambio conceptual de la categoría trascendente al modelo de formación del pensamiento ambiental como estilo de pensamiento científico habida cuenta que hasta hoy es entendida como una categoría jurídica preferentemente.

Díaz (2011)[9], advierte que la responsabilidad, requiere la contemplación desde una apreciación cosmovisiva en espacio-tiempo, lo que implica que el profesional del Derecho acumule un contenido cultural, epistémico-jurídico que le facilite la aplicación del conocimiento jurídico, con los métodos científicos específicos de la ciencia jurídica en relación con otras ciencias que poseen contenidos vinculantes.

Connotando finalmente una sucesión de indeterminados actos conscientes de ejercicio de la voluntad desde la libertad personal del sujeto que actúa, en una dinámica entre la voluntad de adoptar una decisión en ejercicio de la libertad intelectual, desde el punto de vista ambiental.

En ese orden es criterio de los autores de la presente investigación que la responsabilidad ambiental constituye un valor configurable, transformador de un esquema cognitivo en relación al medio ambiente que trasciende las fronteras del Derecho habida cuenta que la modelación de la dinámica de su formación recae en el terreno de otras ciencias.

Desde la ciencia del Derecho, la propuesta debe observar las siguientes normas:

- *Observancia de la categoría: Responsabilidad ambiental como una cualidad positiva (valor) inherente al ser humano, más allá o incluso anterior a la existencia de la norma jurídica.*
- *El reconocimiento de la labor profesional del profesional del Derecho como gestor de los procesos de legalidad ambiental.*

[9] Díaz Rodríguez, Dra.C. Santa Nurkis: De la reflexión iusfilosófica como método para el aprendizaje del derecho, a la naturaleza jurídica del derecho ambiental. Disponible en www.Medioambiente.cu/Revista Cubana de Derecho Ambiental.

- *La concepción del Derecho Ambiental como rama del Derecho que rige toda la actividad humana, manifestante de una conducta (tácita o expresa); regida por normas (morales o escritas) en relación con el medio ambiente y que evidencia una cualidad axiológica común.*

**Contradicciones sociales generadas.**

- *La que se da entre ontología de la responsabilidad ambiental y el contenido que trasmite esta categoría.*
- *La que se genera entre la comprensión del carácter globalizante del Derecho Ambiental y la fragmentación normativa.*
- *La que se manifiesta entre el reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente sano y la poca seguridad jurídica derivada de la deficiente gobernabilidad ambiental de las zona costeras de Angola.*

### 4.4 - La necesidad social de la intervención universitaria en los procesos medioambientales en las comunidades costeras de Angola desde la filosofía.

Según reza en la Santa Biblia, como primera fuente de explicación de los fenómenos y su origen, después de creado el hombre a imagen y semejanza de Dios, este los bendijo y les dijo: "*Fructificad y multiplicaos; llenad la tierra, y sometedla; ejerced potestad sobre los peces del mar, las aves de los cielos y todas las bestias que se mueven sobre la tierra*."[10]

Probablemente ese fue el comienzo de la visión antropocéntrica del medioambiente que arrastramos hasta hoy y el origen de tantísimos problemas ambientales amparados en una apreciación filosóficamente equivocada del medio ambiente.

Vega Peña[11] establece un paralelo entre el enfoque humano centrista de la ciencia y el medio ambiente y considera que el racionalismo de Descartes, en su legado más prolijo *"El Recurso del Método"*, promueve el gran problema filosófico prevalente por más de 150 años posteriores: la separación del alma y del cuerpo, del espíritu y la materia.

[10] Génesis, (1; 28.) Santa Biblia. Reina-Valera.1995.

[11] Vega Peña, Yoandy: Investigador del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de Cuba. Artículo presentado en la UNJC de Granma en el Segmento Regional de ECOIURE 2011.

Particular que le atribuye la cualidad de existencia exclusivamente a los seres pensantes, ya que el pensamiento le era consustancial al alma la que no puede dividirse en partes por ser exclusivamente consciente.

La materia, sin embargo, sólo tiene extensión, ocupa lugar en el espacio y siempre puede dividirse en partes cada vez más pequeñas, pero no es consciente, por consiguiente, los animales pertenecen plenamente a la realidad extensa, su vida y sus movimientos se realizan mecánicamente.

Descartes consideró a los animales como una especie de autómatas complejos. En cuanto a la realidad extensa se concibe así, un concepto totalmente mecanicista de la realidad. Y sean entonces irracionalmente esclavizados bajo regímenes de consumo y utilidad.

Las corrientes pragmáticas del siglo pasado, vinieron acompañadas de la utilidad como criterio de lo moralmente justo y socialmente viable, o sea si es necesario, puedo hacerlo, no interesa a que costo, sin compromiso con el entorno y menos aún con las generaciones futuras o con el planeta en su integridad física.

Aún la filosofía marxista, a la que nos afiliamos como sistema filosófico considera el medio ambiente como los elementos bióticos y abióticos que el hombre emplea para satisfacer sus necesidades crecientes.

En fin que a través de la historia de la filosofía que es la historia del pensamiento filosófico de los hombres, los problemas socio-ambientales han estado justificados por la satisfacción personal de la especie "más evolucionada", no obstante es justamente la filosofía la transformadora del paradigma sustentador del pensamiento limitado del hombre como depredador de su propio hábitat.

No obstante a partir de de la obra de Kuhn[12] para la filosofía, la ciencia queda definida desde una perspectiva epistemológica y esta se entiende como interesada en el espacio que se mueve entre la verdad y el error, sitio donde impera una racionalidad gobernada por cánones universales que se desentiende de condicionantes sociales. He ahí el aporte que la filosofía puede dar a la propuesta, el método científico sobre el que debe erigirse.

[12] T.S. Kuhn: La estructura de las revoluciones científicas. 1962.

**Contradicciones sociales generadas**:

- *La que se establece entre la universalidad del pensamiento ambiental y lo particular contextualizado en el estilo de pensamiento que se pretende formar.*
- *La que se establece entre la ontología de la categoría Responsabilidad y la aplicación práctica del término.*

### 4.5 - La necesidad social de la intervención universitaria en los procesos medioambientales en las comunidades costeras de Angola desde la antropología.

La antropología social y cultural como ramas de la antropología que estudian la sociedad y la cultura, es medular en la instrumentación de la propuesta, ya que la formación del pensamiento ambiental transcurriría bajo la influencia de una estrategia de intervención comunitaria que parte de un ejercicio de dirección estratégico sobre las potencialidades y limitaciones del sujeto cognoscente por medio del conocimiento de sus costumbres, relaciones parentales, estructuras políticas y económicas, urbanismo, medios de alimentación, salubridad, mitos, creencias y relaciones de los grupos humanos con el ecosistema.

Partiendo de la idea de E.B. Tylor: «*Civilización o cultura es esa totalidad compleja que incluye conocimiento, creencias, arte, derecho, costumbres y cualesquiera otras actitudes o hábitos adquiridos por el ser humano como miembro de la sociedad*»[13].

La cultura es un sistema estructurado de saberes adquiridos a partir de la relación dialéctica entre la apropiación y la aprehensión de elementos ajenos que incorporados intersubjetivamente forman una totalidad, la totalidad de la que emerge según Fuentes (2010)[14] una cualidad de orden superior.

Consecuentemente la totalidad es una propiedad inherente de los sistemas donde sus partes integrantes están interrelacionadas de tal forma que un cambio en una de ellas provoca un cambio en todas las demás y en la cualidad de orden superior que lo tipifica.

En definitivas la antropología cultural aporta a la solución del pro-

[13] Concepto antropológico de cultura. Disponible en ECURED.

[14] Fuentes, Dr. C Homero Calixto . Teoría holística sobre la configuración de la cultura.

blema CTS declarado la visión sobre aquellos elementos culturales, normas morales, tradiciones, religiosidad, estructura social, intereses, compromisos, aspiraciones, incluidos los recursos técnicos y económicos utilizados frente al medio natural, los modos de relación con otros hombres y hacia el manejo del patrimonio natural, histórico y cultural de la comunidad así como las motivaciones y realizaciones del grupo social seleccionado para implementar los resultados de la investigación que ampara este ejercicio.

**Tecnología Educativa Propuesta.** Se propone como tecnología educativa una Estrategia de Intervención Comunitaria para la Formación del Pensamiento Ambiental sustentada en un modelo didáctico transdiciplinario que favorezca la responsabilidad socio-profesional ambiental del ciudadano angoleño.

Como hemos venido señalando, esta estrategia se desarrollaría como parte de la labor extensionista de la universidad y estaría encaminada a favorecer los procesos de configuración de la cultura fuera de las aulas universitarias, dando una perspectiva realista de los problemas ambientales y llevando nuevos conceptos a sectores marginados de la población.

Se emplearían como medios para la implementación de la estrategia: un sistema de cuadernos prácticos estructurados de conformidad con los programas docentes de primero a quinto año, permitiendo la sostenibilidad y permanencia de la intervención comunitaria desde la carrera de Derecho en Angola.

Estos cuadernos dirigen el proceso docente orientándole al estudiante aquellas invariantes de conocimiento que deben tratar en la relación orientación- comprensión del carácter globalizante de los problemas ambientales en la zona costera.

La orientación comprensiva es un vínculo interpersonal, donde se movilizan en función del crecimiento socio-profesional- ambiental de los estudiantes y la comunidad en su unidad y diferencias, los recursos personales direccionales del profesor en un contexto educativo que lo facilita. Es poner al estudiante en función de aprehender, crecer y resolver de forma desarrolladora los problemas ambientales comunitarios relacionados con el ejercicio de la profesión, lograr que cada decisión y actuación del alumno estimule el desarrollo de sus motivos, sentimientos y valores.

En tanto la comprensión está relacionada con la forma de entender la racionalidad de la acción. "Comprender" es acceder a una forma de pensamiento totalizadora desde los límites de la cultura del que comprende, los límites de la comprensión serán también los límites de la cultura a la cual se pertenece.

**Resultados esperados.** Los resultados podemos clasificarlos en resultados a mediano y largo alcance, los resultados a mediano alcance descansan en el perfeccionamiento del proceso docente educativo a partir de la inclusión social en la labor de extensión universitaria.

Revelar la lógica de la formación del pensamiento ambiental como vía de solución de los problemas ambientales asociados al empleo de la ciencia y la tecnología y aportar un método que revoluciona la enseñanza del Derecho expresando la esencia de la construcción hermenéutica reflexiva en la formación de profesional.

Como resultado a largo plazo: el desarrollo sostenible que implica la capacidad de la comunidad humana costera de Luanda de apoyar en su medio ambiente el mejoramiento continuo de la calidad de vida de sus miembros, significando sobre todo una transformación en los "modelos mentales", que permitan un cambio de percepción donde se torne más clara la dependencia que el hombre tiene del medio ambiente, se dé por sentado que en la simiente de un problema jurídico ambiental existe una concepción equivocada de medio ambiente y disminuyan en definitivas los problemas ambientales descritos en el cuerpo de ésta investigación.

## 5.- Conclusiones:

*Haber realizado el análisis teórico de los referentes gnoseológicos de los estudios Ciencia, la Tecnología y la Sociedad, los que nos permitió revelar que estos en Cuba han dejado la vía expedita para la instrumentación de propuestas como esta, generalizables en otros países con características similares.*

*La necesidad de perfección del proceso docente educativo y distinguir las debilidades en la formación del profesional del Derecho desde diferentes ciencias lo que facilitó el diagnóstico del saber hacer de los estudiantes.*

*El Estado y Gobierno angoleño aboga por un desarrollo socio -profesional-ambiental de la mayoría de su sufrida población, donde, sus reservas naturales constituyen una fuente importante a explotar, pero no ha logrado implementar las políticas legales en ese sentido.*

*El análisis por parte del estado angoleño a que se dicte una normativa especial en relación con la responsabilidad ambiental, en pos de la mitigación de los problemas ambientales, delimitando el fuero judicial donde tendrán la debida respuesta estos conflictos ambientales que en el mismo sean conocidos.*

*El Estado deberá promover campañas de bien público para fomentar la cultura por parte de la población en preservar el medio ambiente, que partan desde la formación académica en todos los niveles de la enseñanza en Angola.*

*Que se realicen estudios jurídicos para modernizar la actual legislación marco ambiental, para esto podrán contar con la experticia de juristas de las Universidades angoleñas y de los operadores del derecho que prestan sus servicios de asistencia legal en instituciones estatales y privadas en el país.*

## 6 - Bibliografía

1. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *Dimensión social-jurídica del medio ambiente. Una apreciación de la problemática ambiental*. 2009. Revista FIMA. Chile. 2012.
2. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. Y BALLESTER NÁPOLES, L. *Los problemas Medio Ambientales que afectan la actividad pesquera en el Golfo del Guacanayabo, municipio Manzanillo, Provincia Granma*. Tesis en opción al título de Máster en Derecho Ambiental. 2009. Revista EUMENED. España. 2008.
3. BASAVÉ FERNÁNDEZ DEL VALLE, A.: *Filosofía del Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
4. BECERRA RAMÍREZ, M.: Derecho Internacional Público, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, IIJ-UNAM, México, D. F., 2007.
5. BRAÑES, R.: *"Manual de Derecho Ambiental"*, Fundación Mexi-

cana para la Educación Ambiental, fondo de Cultura Económica, 1ra. Edición, México.
6. CANOVAS GONZALEZ, Dr. C. Daimar. Estudios sobre Derecho del Ambiente. Editora Vadell hermanos. Valencia. Venezuela. 2011.
7. CAÑIZARES ABELEDO, F. *"Teoría General de Estado y del Derecho",* 1979.
8. CARABALLO MAQUEIRA, L. *Derecho Ambiental cubano*. La Habana. 2000.
9. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Editorial Tecnos S. A, 1ra. Edición, 2da. Reimpresión, Madrid, 1994.
10. COLECTIVO DE AUTORES: *Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Félix Varela. La Habana 2007.
11. COLECTIVO DE AUTORES: Introducción al conocimiento del medio ambiente (Suplemento Especial). Universidad para Todos. CITMA-CIGEA, La Habana, 2005, p. 3.
12. CONFERENCIA SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS, Conocida Como Cumbre De La Tierra, Junio De 1992, Río De Janeiro, Brasil.
13. D' ESTÉFANO PISANI, M. A: *Breve historia del Derecho Internacional: desde la Antigüedad hasta el año 2002*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2003.
14. _____: Esquemas del Derecho Internacional Público, Tomo I, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980.
15. DÍAZ, DELEGADO, J. CARLOS: *Ecología y Sociedad*, Estudios editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1999.
16. DÍAZ RODRÍGUEZ, Dra.C. SANTA NURKIS: Insuficiencias del currículo universitario del profesional del Derecho. En Sistema de Procedimientos Metodológicos para la Formación del Pensamiento Iusfilosófico. Tesis doctoral. Centro de estudio "Manuel F. Gran", UO. Santiago de Cuba.2011.111p.
17. DIEZ DE VELASCO, M: *Instituciones de Derecho Internacional Público,* 15ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
18. _____: Disposiciones jurídicas relacionadas con el Derecho de Tratados en materia de medio ambiente. Libro electrónico "Ciencias de la tierra y del medio ambiente".
19. DIEZ DE VELASCO, M.: Instituciones de Derecho Internacional

Público, 15ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
20. _____: Instituciones de Derecho Internacional Público (en tres Tomos), s/a.
21. _____: Las organizaciones internacionales, 10ma. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
22. DE AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER: *Las formas de actuación de las administraciones pública*. En: http://www.org/dewalac/esp/.
23. DICCIONARIO DE TÉRMINOS AMBIENTALES. Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela. Camacho Barreiro, A y L. Ariosa Roche. La Habana. Cuba. 1998.
24. ENGELS, Federico. *Introducción a la dialéctica de la naturaleza*. Obras Escogidas en dos tomos. Tomo 2. Editorial Ciencias Sociales. 1979. La Habana. Cuba.
25. ELIAS VEGA, Niobis. *El manejo integrado de zonas costeras*. Tesis en opción al título de Especialista en Derecho de Empresas. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Cuba.
26. FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, A: *Instrumentos Jurídicos Internacionales*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1991, Tomo II.
27. _____: *Derecho Ambiental Internacional*, La Habana, Cuba, 1996.
28. FUENTES COBAS, Milagros. *La responsabilidad ambiental dentro del ordenamiento jurídico, visión cubana*. Tesis en opción al título de Licenciado en Derecho. Universidad de Granma. 2013.
29. GALLO, PIMENTEL JOSÉ M; GONZÁLEZ, DÍAZ ERNESTO: *Introducción a la Metodología de Investigación Pedagógica y Técnica*. Instituto Superior Pedagógico para la Educación Técnica y Profesional. Ciudad de La Habana. Cuba. 2000. p 92.
30. _____: GESOCYT. *Problemas Sociales de la Ciencia y Tecnología,* Editorial Félix Varela. La Habana. 1994.
31. GUADARRAMA, G. P.; Suárez Gómez Carmen: *ética, Ciencia y Tecnología*. En Filosofía y Sociedad. Tomo II. Editorial Félix Varela, La Habana, 2000. p.518-523.
32. GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM: *Intruduçao ao Direito do Ambiente*, Universidade Aberta do Lisboa, 1ra. Ediçao, Portugal, 2009.

33. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. Y SAENZ DE SANTA MARÍA, P. A: *Legislación básica sobre Derecho internacional público*, Séptima Edición actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.
34. HERDEGEN, M: *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, IIJ-UNAM, México, D. F., 2007.
35. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Conceptos jurídicos fundamentales,* Obras completas, Editorial, Espasa Calpe, Tomo 1.
36. INGUNZA MILLITZA, FRANCISKOVIC: *Perspectiva del Derecho Ambiental Internacional. Aspectos críticos*. En (http://www.org/dewalac/esp/)10/11.
37. JUSTE RUIZ, J: *La protección del medio ambiente en su dimensión internacional*, La Habana, 1998.
38. KEDROV, B. M: *La ciencia en Historia de las ciencias e historia de la Filosofía*. Editorial Pueblo y Educación. La Habana, 1982.
39. KALIN ARROYOS y autores. *Ciencias Ambientales. Diagnóstico y una mirada hacia el futuro*. Chile. 2013
40. KOROVIN, Y. ET AL: *Derecho Internacional Público*, Editorial Grijalbo, S. A, México D.F., 1963.
41. KUN T.S: *La estructura de las revoluciones científicas*. Editorial Academia, La Habana. Cuba.1962.
42. _____: Ministério da Educação: *Caracterização Global do Contexto Angolano e Respectivo Sistema Educativo*. Reforma Curricular/INIDE/2003.p 28.
43. _____: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Plan África 2009-2012. Editado por Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo. Artículo presentado en la UNJC de Granma en el Segmento Regional de ECOIURE 2011.pág.15. *www.casafrica.es/casafrica/Inicio/PlanAfrica2009-*
44. LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*, 5ta edición, Editora Dykinson, Madrid. España. 2004.
45. _____, *Infracciones y sanciones administrativas para la protección del medioambiente*, en Alonso García, E y Lozano Cutanda, B. Diccionario de Derecho Ambiental, Editora Iustel. Madrid, España.2005.
46. LIBRO VERDE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS. CE. 2012
47. MONAL, ALEIDA: África a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Selección de Materiales Bibliográficos. Dirección de Producción de Medios de Enseñanza. Viceministerio de Economía y Servicios Generales. MINED. La Habana Cuba.1974 p. 89-93.
48. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE: *Derecho Internacional Público*, Tomo I, 3ra. Reimpresión, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1990.
49. MONZON BRUGERA, Dra.C. Yailen. Tesis doctoral *El Manejo Integral de las Zonas Costeras en Cuba.* 2012. Universidad de Cienfuegos. República de Cuba.
50. NÚÑEZ JOVER, JORGE y CASTRO DÍAZ-BALART: La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar. Editorial Juventud Rebelde. La Habana 2001.p.10
51. NÚÑEZ JOVER, JORGE: la ciencia y la tecnología como procesos sociales. La Habana. Cuba.2003.
52. PARADA, RAMÓN: *Derecho Administrativo*, 9na. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, parte general I.
53. PASTOR RIDRUEJO, J. A: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 4ta. Edición, Editorial Tecnos S. A, Madrid, 1992.
54. PINO CANALES, C. ET AL: *Temas de Derecho Internacional Público*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
55. PODESTA COSTA, L. A Y RUDA, J. MA: *Derecho Internacional Público,* Tomo 1, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988.
56. PUENTE EGIDO, J: *Casos prácticos de Derecho Internacional Público,* Dykinson, S. L., Madrid, 1991.
57. _____: PNUMA., *Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental del Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente*, No. 3.
58. RICHARTZ, SASKIA: directora de políticas oceánicas de la organización ambientalista Greenpeace.http://estasemana.cip.cu/noticias/la-pesca-ilegal-causa-perdidas-millonarias-en-africa.
59. ROJAS AMANDI, VÍCTOR MANUEL: *El Derecho Ambiental Internacional Público del medio ambiente al inicio del siglo XXI*, Consultado en: http://www.fao.org/spanish/newsroom/news/2003/25379-es.html.
60. ROSENTAL, M. y P. IUDIN: *Diccionario Filosófico*. Ed. Pue-

blo y Educación. La Habana,1973 p.33
61. RUBINSTEIN, L. S: *El ser y la conciencia*. Editorial Universitaria, La Habana, 1965, 443pp.
62. RUTNIKAS, L. BERTHA; ORAMAS, DM; NOYA G. LISETTE et al: *Se aprende a conversar***.** Editorial Pueblo y Educación. La Habana, 1991. p 11.
63. SOCARRÁS STABLE, JOHANNA Y DEL CASTILLO POMARES, TAMARA: Medio Ambiente, en *Aspectos Generales del medio ambiente y de la Gestión Ambiental Empresarial*, Grupo de Trabajo Estatal, Bahía Habana, p.10.
64. SUÁREZ, CLARA. *La orientación educativa. Una experiencia en la educación***.** Folleto de psicología. CEES, "Manuel F. Gran" UO, 1994a, p 99.
65. TUNKIN, G: *Curso de Derecho Internacional,* Libros 1y 2, Editorial Progreso, Moscú, 1979.
66. _____: UNESPA: Estudio del nivel de dependencia, necesidades de recursos y proyecciones de futuro. 2000.
67. _____: UNIÓN EUROPEA: *comunicado de la Comisión*, de 12 de marzo de 1997: Política Social y Protección Social. Modernización y mejora de la protección. 1998.
68. VALVERDE, M.D.; FLÓREZ, M., Y SÁNCHEZ, I: *Escalas de actividades de la vida diaria.* Colección Rehabilitación, 28. IMSERSO. 2001.
69. VERDUGO, M.A., URRIES, J: *Apoyos, autodeterminación y calidad de vida*. Salamanca, Amaru. 2001.
70. VIAMONTES GUILBEAUX, Dra.C. EULALIA: *Derecho Ambiental Cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2007.
71. _____: *La responsabilidad administrativa ambiental.* Proyecto Ciudadanía Ambiental y CIGEA., Multimedia Derecho Ambiental Cubano, La Habana, 2006.
72. VICTOR JOAO DOMINGOS; y autores : *La pesca ilícita en el ámbito del Derecho Ambiental Internacional. Situación en Angola*. Trabajo de Diploma. Universidad de Granma. Cuba. 2012. p 74.
73. ZELEDÓN ZELEDÓN, Dr. Ricardo. *Código Ambiental*, Editora Porvenir, Primera Edición. San José. Costa Rica. 1998.

**Legislaciones consultadas**


- Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.
- *Constitución de la República de Angola* http://www.comissaoconstitucional.ao/pdfs/constituicao-da-republica-de-angola-versao-espanhol.pdf. *Consultada 15 de agosto .2012.*
- Declaración sobre los principios de D.I referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas (Resolución 2625, XXV), de 24 de octubre de 1970.
- Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la CDI.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948.
- Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales.
- Pactos internacionales sobre Derechos Humanos y en materia ambiental.

# LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS OBLIGACIONES Y SUS MECANISMOS EFECTIVOS EN SEDE DE CONTRATOS FORMALES TRASLATIVOS DE DOMINIO: REALIDADES Y PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO CUBANO.

Gustavo Manuel Céspedes Socarrás
Profesor de Derecho de Obligaciones y Derecho de Contratos
Jefe de la Disciplina Derecho Civil y Familia
E-mail: gcespedess@udg.co.cu
Profesor Asistente
Especialista en Asesoría Jurídica en la mención Administrativo-Ambiental
Universidad de Granma
Cuba

**RESUMEN**

Los mecanismos de ejecución forzosa de las obligaciones vistos desde una eficaz regulación sustantiva (Código Civil cubano), y diseñados bajo la regla de profundos cimientos teóricos, pueden ser capaces de encauzar un más efectivo desempeño en el marco procesal, y con ello, dotar de garantías procesales a un acreedor cuya expectativa ha sido lesionada y es víctima de la insatisfacción, tal cual ocurre en la praxis jurídica cuando no puede viabilizarse el cumplimiento de una obligación principal derivada de la existencia de un contrato formal traslativo del dominio, los archiconocidos y comúnmente utilizados contratos de compraventa, permuta y donación, corroborado por profesionales del Derecho que se desempeñan en las diferentes instancias jurídicas vinculadas a tales procederes y los propios destinatarios, las personas naturales, por lo que la fundamental propuesta de investigación ha estado enmarcada en una aproximación a los fundamentos, a partir de una sistematización doctrinal, histórica y de Derecho comparado, de los presupuestos teóricos y legales de los mecanismos de ejecución forzosa de las obligaciones y su despliegue en el régimen de los contratos formales en el ordenamiento jurídico cubano como base para el diagnóstico de las normas jurídicas sustantivas y procesales reguladoras de la institución, con una correspondiente propuesta de perfeccionamiento de las legislaciones básicas. El trabajo se desarrolla en tres capítulos sobre: (1) La Ejecución Forzosa de las Obligaciones. Fundamentos teórico-doctrinales, (2) Los contratos formales traslativos de dominio: precisiones sobre

sus mecanismos de ejecución forzosa y (3) La ejecución forzosa de obligaciones en sede de compraventa, permuta y donación de bienes inmuebles y muebles de especial ordenación en el Derecho cubano, respectivamente, para el cumplimiento del objetivo propuesto, auxiliándonos para estos fines en los métodos histórico-lógico, técnico-jurídico, jurídico-comparado, lógico-exegético, análisis-síntesis e inductivo-deductivo, el análisis de contenidos y determinados criterios de expertos.

**Palabras Clave**: obligaciones, incumplimiento, ejecución forzosa, contratos formales

**ABSTRACT**

The effectively ruled mechanisms for getting a *forced execution* of non-satisfied obligations towards the fullfilment of certain legal relationships protected from our Civil Code (cuban) and Procedure Law, would have given us all (the citizens) real satisfaction if we´re involved in specific negotiations. Mechanisms designed under deep theoretical roots to allow a *guaranteed* process in court supporting and protecting the creditor´s interest, which violation is oftenly happening in our nowadays society in a higher degree: the non-compliance of obligations based on a purchase contract, in a goods exchange contract or in donations. Undoubtedly, lawyers and people make their own coincidence of this regulations´ perfection need. And that´s precisely the essential point in this scientific research: to set up an approach to the theoretical and legal basis of the mechanisms of forced execution that includes a doctrine, historical and compared law research, to diagnose the real regulation situation through the Cuban Civil Code and its Procedure Law. Of course, there has been given a proposal to perfect such rules. There exist three chapters to develop such matters: (1st) The forced execution of obligations. Theoretical and doctrine basis (2nd) Formal contracts that transfer domain: precisions about their forced execution mechanisms and (3rd) Forced execution mechanisms throughout purchase, exchange and donation contracts.

**Key Words:** obligations, non-compliance, forced execution, formal contracts.

## INTRODUCCION

La globalización neoliberal ha dejado patente sus secuelas en el desarrollo de la economía interna de la mayoría de los Estados, teniendo a su vez una inevitable incidencia directa en los modernos mecanismos de negociación, toda vez que se presume una necesaria correlación entre las manifestaciones de la economía, la legitimación y regulación en muchos casos constitucional de las formas de propiedad y, por ende, la regulación, interpretación, aplicación, solución y ejecución de estas materias vinculadas al normal y creciente comercio jurídico que fluctúa a nivel ciudadano. De ahí que los países con toda intención hayan ido modificando sus mecanismos procedimentales en torno a una mayor protección de los actos negociales, y dentro de estos hayan dedicado especial atención a que el hecho de aplicación, solución y ejecución no atente contra los derechos fundamentales de los sujetos involucrados, o más bien, entrando en materia de Derecho de Obligaciones y refiriendo las garantías en el cumplimiento de ellas, que los sujetos acreedores sean satisfechos por los sujetos deudores preservando, en la medida de lo posible, la integridad de cada una de las partes de esta relación. Por lo que es menester precisar que en ordenamientos jurídicos foráneos se han instrumentado una serie de mecanismos garantistas del cumplimiento de las obligaciones, que conllevan desde estudios para el logro del perfeccionamiento de los planos teóricos de los mismos, hasta la legitimación sustantiva y redefinición de los efectos de una mayor eficacia de tales mecanismos en lo referente a procedimientos judiciales en concreto. Coincido en que *a posteriori* la sola sentencia puede ser insuficiente para la eficaz tutela de los derechos e intereses que han sido lesionados, por lo que el Estado debe arbitrar todos aquellos medios o sistemas de coacción que sean precisos para que lo ordenado en la sentencia tenga efectividad práctica[1].

Ante la situación, diría desproporcionada, de incumplimiento de contratos, especialmente en aquellos que resultan típicos y que de-

[1] Fernández López, Miguel A. *cit. pos*. Marcheco Rey, Blanca, en Tesis Doctoral, *Los títulos de crédito que generan ejecución. Reflexiones doctrinales y procesales,* Santiago de Cuba, 2008*,* pp.12-13.

vienen especialmente comunes como los traslativos del dominio, la compraventa, la permuta y la donación respecto a la categoría de inmuebles y bienes muebles de variada naturaleza, los ordenamientos jurídicos se han provisto de herramientas que califican como recursos legales y convencionales encaminados a lograr el cumplimiento *in natura* de las obligaciones pactadas, ya sean de dar, hacer o no hacer, y que se traducen en mecanismos como; las cláusulas penales -la sanción pecuniaria en Cuba-, las astreintes, ante la configuración de incumplimiento total o de cumplimiento defectuoso, la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, respectivamente, amén del efectivo cobro de la indemnización, igualmente respaldado en un mecanismo efectivo.

Sin lugar a dudas, nuestro pequeño archipiélago no queda excluido del impacto de la economía de mercado y, con ello, de la complejización de las relaciones económicas internas que se desarrollan en un marco intraestatal, dentro de las cuales de forma similar al plano externo ocurren una serie de hechos o sucesos que van dejando atrás los mecanismos de protección del crédito y como repercusión implícita hace que perentoriamente se requiera de una modificación que sistematice y armonice dichos mecanismos.

En la actualidad cubana igualmente ha ocurrido un connotado incremento de trámites en que por su naturaleza los ciudadanos se vinculan en negocios que implican el traspaso del dominio fundamentalmente ante el notario, y que son actos que requieren de una formalidad, además consistente en inscripción y reinscripción en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria o, según se requiera, en el Registro de Vehículos, para volver a un nuevo trámite de traspaso sobre el mismo bien, cuestión esta generadora de la obligación de conocimiento para los sujetos involucrados, respecto a las normas sustantivas protectoras de tales instituciones, en un primario sentido preventivo y en otro sentido garantista del cumplimiento de las principales obligaciones que a través de estos negocios se generan, además de las herramientas encaminadas a satisfacer una expectativa incumplida en orden procesal pero con respaldo o legitimidad sustantiva, aunque en esta ocasión tenga un rol decisivo el letrado

-representante legal o el juez que dirime el conflicto y lo decide. Es oportuno señalar en este quehacer, que el previo diagnóstico de la norma apunta a la ausencia de muchos de los recursos conocidos y aplicados en otros ordenamientos jurídicos, y en ese detalle estriba el principal fin de este trabajo.

Mediante el presente se aborda una temática de inusitada importancia para la literatura científica nacional, siendo además congruente con la necesidad de legitimar estos aspectos técnico-jurídicos en la norma sustantiva que culmine con la regulación y aplicación más armonizada de la ejecución forzosa en el ordenamiento jurídico cubano, pues del mismo diálogo con profesionales del Derecho que se desempeñan en los Bufetes colectivos y los jueces de la Sección Civil de Tribunales Municipales Populares y otros de esa propia Sala de algunos Tribunales Provinciales Populares, o de la insatisfacción de la población al respecto de lo que la justicia civil puede brindar, se infieren las necesidades argumentadas de regulación de novedosos mecanismos que brinden una protección efectiva a los derechos demandados. Por lo anterior es que, a nuestro juicio, es novedosa la investigación presentada, haciendo hincapié en que el tema tratado no es inédito para el Derecho de Obligaciones o para el Derecho Procesal Civil ya que existe bibliografía al respecto, fundamentalmente latinoamericana y en alguna medida europea.

Para la doctrina civil cubana sí resulta serlo, pues los trabajos de autores cubanos que se han hecho son básicamente en sentido procesal tratando otra arista, artículos para eventos científicos publicados en revistas jurídicas cubanas o determinado sitio en internet. Como investigación de rigor científico se consultó la tesis doctoral *Los títulos de crédito que generan ejecución. Reflexiones doctrinales y procesales.*[2], pero en ninguno de los casos, se ha tratado la temática de nuestra investigación para posibilitar la existencia de mayores bases doctrinales que sirvan de fundamento práctico y satisfagan las expectativas de los destinatarios de la misma.

[2] Marcheco Rey, Blanca, *Los títulos de crédito que generan ejecución. Reflexiones doctrinales y procesales,* Tesis en opción al título científico de Doctora en Ciencias Juridicas, Santiago de Cuba, 2008.

En correspondencia con los fundamentos antes referidos, es atinado exponer el **problema científico** de la presente investigación: La insuficiencia teórica de los mecanismos sustantivos y procesales de ejecución forzosa de las obligaciones no permiten la adecuada regulación e interpretación de las actuales normas jurídicas sustantivas y adjetivas que regulan el instituto y su conveniente aplicación en los contratos formales traslativos de dominio en el ordenamiento cubano.

La **hipótesis** estaría encaminada a que si se configuran desde una nueva óptica teórica, los mecanismos de ejecución forzosa de las obligaciones en el vigente Código Civil y los de compulsión en la norma procesal cubana, entonces se lograría una mejor y más efectiva aplicación de dichos mecanismos sustantivos y procesales a los contratos formales de compraventa, permuta y donación, y el perfeccionamiento de las normas jurídicas que los regulan.

El **objeto de estudio** del trabajo es la ejecución forzosa de las obligaciones, y su **campo de investigación** está centrado en el plano de los *contratos formales compraventa, permuta y donación.*

El **objetivo general** del trabajo está enmarcado en fundamentar a partir de una sistematización doctrinal, histórica y de Derecho comparado, la configuración de presupuestos teóricos y legales de los mecanismos de ejecución forzosa de las obligaciones y su despliegue en el régimen de los contratos formales en el ordenamiento jurídico cubano como base para el diagnóstico de las normas jurídicas sustantivas y procesales reguladoras de la institución, en aras de su perfeccionamiento. En el ***marco de los impactos***, el presente se propone mostrar a partir del contenido y la fundamentación de la modificación de la legislación vigente, los principales impactos sociales, políticos, económicos, científico-jurídicos y los docente-metodológicos que soportan la trascendental importancia y pertinencia de la línea investigativa.

Para encauzar el objetivo general nos propusimos los siguientes **objetivos específicos**:
-Sistematizar en el orden doctrinal, histórico y comparado, los elementos, características y fundamentos de la ejecución forzosa de


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 149-198

las obligaciones desde el Derecho Civil, como base para la configuración de los presupuestos teóricos de los mecanismos que la hacen efectiva.

-Caracterizar en el orden teórico, doctrinal y de Derecho comparado, los contratos formales traslativos de dominio y la ejecución forzosa de sus obligaciones dimanantes, a partir de los presupuestos de existencia, validez y efectos jurídicos, con vistas a su efectivo cumplimiento.

-Diagnosticar las insuficiencias que presentan las normas jurídicas sustantivas y procesales reguladoras de la ejecución forzosa de las obligaciones y sus mecanismos ejecutivos en sede de los contratos formales, a partir de los presupuestos teóricos configurativos, en aras del perfeccionamiento de la institución en el ordenamiento jurídico cubano.

Los **métodos de investigación científico-jurídicos** utilizados fueron los siguientes:

**-Histórico-lógico:** permitió la sistematización en el orden doctrinal, histórico y comparado de los elementos, características y fundamentos de la ejecución forzosa de las obligaciones, así como de la caracterización de los contratos traslativos del dominio.

**-Teórico-jurídico:** inevitable su empleo en cualquier investigación jurídica y se encuentra presente en cada una de sus partes integrantes, nos posibilitó la realización del diseño, desarrollo y de las propias conclusiones de la investigación; en él se subsumen todos los métodos teóricos por su vinculación con los conceptos y análisis doctrinales.

**-Jurídico-comparado:** para esbozar las regulaciones en el Derecho Comparado de la ejecución forzosa de las prestaciones de dar, el contenido o efecto de tales ejecuciones, además, en lo relativo al no cumplimiento de las formalidades y de obligaciones principales en los contratos traslativos del dominio de compraventa, permuta y donación, que permitieron la argumentación teórica

para la comparación de las categorías trabajadas. Los ordenamientos seleccionados fueron Chile, Argentina, México y España, correspondientes al sistema romano francés al cual también responde nuestro ordenamiento jurídico.

**-Lógico-exegético:** empleado como medio para el análisis, comparación y aplicación de los presupuestos teórico-legales vistos desde la doctrina y el derecho comparado respecto a las normas sustantivas y de procedimiento cuyo perfeccionamiento se pretende.

**-Análisis-síntesis e inductivo-deductivo:** que permitió la obtención de las especificidades, elementos funcionales y de contenido de las principales categorías verificadas en el trabajo científico.

**-Análisis de contenidos:** para explicar los fundamentos de cada contenido trabajado, con el análisis de los textos, documentos y legislaciones, necesarias para llegar a convicción sobre el objeto de estudio de la investigación y la solución al problema planteado.

**-Como técnica**, e**l criterio de expertos**, aplicado para obtener datos importantes desde las experiencias de profesionales del Derecho que trabajan los aspectos de interés de la presente investigación, auxiliada en la técnica de la entrevista abierta o semiestructurada.

La estructura del trabajo quedó conformada por tres capítulos, el primero titulado **La Ejecución Forzosa de las Obligaciones. Fundamentos teórico-doctrinales**, donde se trata la evolución histórica de la ejecución forzosa, principales presupuestos teórico doctrinales y sus mecanismos en el Derecho comparado, asï como el tratamiento de la categoría en vinculación directa con los tipos de obligaciones; el segundo capítulo denominado **Los contratos formales traslativos de dominio: precisiones sobre sus mecanismos de ejecución forzosa**, que aborda desde los presupuestos de existencia y validez de los contratos en general, haciendo énfasis en el elemento forma, hasta un análisis de la ejecución forzosa de obligaciones incumplidas derivadas de la existencia de contratos formales traslativos del dominio y el capítulo tres se titula **La ejecución forzosa de obligaciones en sede de compra-**

**venta, permuta y donación de bienes inmuebles y muebles de especial ordenación en el Derecho cubano**, esta vez precisándose en el contenido el tratamiento jurídico de los contratos traslativos de dominio y el cumplimiento de sus obligaciones en el Derecho positivo cubano, así respecto a los suscitados sobre bienes inmuebles y muebles de especial regulación, amén del análisis en los preceptos del Código Civil cubano y disposiciones especiales, de la ejecución forzosa de obligaciones de esta tipología de contratos, el análisis de la categoría en la norma procesal, y la expresión empírica de tales cuestiones. Se precisan luego las conclusiones y recomendaciones en correspondencia con los objetivos propuestos y contenido de la investigación científica. **NO ES NECESARIO, Y SI LO HACES NO SE EXPLICAN.**

## 1. Presupuestos teórico-doctrinales en torno al concepto y características de la ejecución forzosa de la obligación.

Según Font[3] la ejecución forzada sólo tiene lugar cuando la sentencia es de condena, sea que condene a dar, hacer o no hacer, justificando tal aseveración en que en las sentencias meramente declarativas, el interés del vencedor queda satisfecho simplemente con el pronunciamiento de la sentencia, *v.gr.* se declara la nulidad de una escritura, se reconoce la filiación. En cambio, en la sentencia de condena, dado que impone una obligación al vencido, el vencedor no queda satisfecho hasta que aquél no cumpla y si el vencido no cumple, es necesario algo más, instar la ejecución forzada, mediante el correspondiente proceso de ejecución denominado por su norma procesal "ejecución de sentencias". Para el propio autor, la ejecución forzada no siempre es consecuencia de una sentencia de condena. A veces esta toma como base la existencia de títulos ejecutivos extrajudiciales a los que la ley atribuye efectos equivalentes a los de una sentencia de condena y regula para ellos un proceso de ejecución autónomo denominado juicio ejecutivo.

En el Consultor Jurídico Digital de Honduras[4] se concretiza la "eje-

[3] Font, Miguel Ángel, *Programa Desarrollado de la Materia Procesal Civil y Comercial Guía de Estudio*, Editorial Estudio S.A., Buenos Aires, Argentina, 2003, pág.252.

[4] *Víd.* Consultor Jurídico Digital de Honduras Diccionario Jurídico Edición 2005.

cución forzada" precisamente por encontrarse el acreedor impedido de hacerse justicia por mano propia y la ley lo autoriza a emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado, enfatizándose que tales poderes del acreedor no son absolutos y tienen requisitos que varían según la naturaleza de la prestación debida; díganse las siguientes: Obligaciones de dar, que solo se puede ejecutar forzosamente cuando se cumplen tres requisitos en relación con la cosa debida, debe existir, debe estar en el patrimonio del deudor y el deudor debe tener la posesión de la cosa; el segundo de los requisitos está referido a las obligaciones de hacer donde el acreedor no puede ejercer violencia contra la persona del deudor, tratándose de esta manera una derivación necesaria de la dignidad humana que rige en todas las obligaciones de hacer, sean o no personalísimas: no se puede ejercer violencia personal ni sobre un artista, ni sobre un pintor de paredes; y por último las obligaciones de no hacer que se las estima sometidas a igual impedimento que las de hacer; no cabe, pues, obtener el cumplimiento de una obligación de no hacer mediante violencia personal, y, de tal manera, *v.gr.* no podría amordazarse a quien está obligado a no divulgar secretos de fábrica.

Así, la ejecución forzada referida cabe tanto en las obligaciones de hacer como en las de no hacer, pero los poderes del acreedor tienen un límite infranqueable concomitante con la prohibición de violentar la persona del deudor. Si no se ejerce tal violencia, la ejecución forzada se realiza sin inconvenientes, se puede constreñir al deudor de un hacer mediante astreintes[5], *v.gr.* es dable clausurar un comercio instalado por el deudor, no obstante la obligación contraída de no instalarlo. Sin embargo, en las obligaciones de dar, cuando la ejecución forzada es viable por concurrir los requisitos antes señalados no hay impedimento en el ejercicio de violencia contra la persona, como les estipula su legislación, es el caso de desalojo por la fuerza pública del inquilino obligado a dar para restituir al dueño.

[5] Las astreintes consisten en una condena pecuniaria fijada a razón de tanto por día, o por otro período de tiempo, de retardo en el cumplimiento de la sentencia. Es un procedimiento eficaz para vencer la resistencia del deudor contumaz; difícilmente el condenado soporta la presión de esta amenaza, incesantemente creciente, que se cierne sobre su patrimonio. *Vid. infra 1.3.1*


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 149-198

La ejecución forzosa[6] se puede entablar cuando el acreedor tiene un título ejecutivo de los que enumera el Código de Procedimiento Civil, y cuando, además, la deuda es líquida y exigible, es decir, no hay plazo ni condición pendientes, entonces, por medio del juicio ejecutivo, puede solicitarse la ejecución forzada de la obligación. En esta línea la ley sustantiva establece la responsabilidad del patrimonio del deudor estableciendo que toda obligación personal da derecho para perseguir los bienes muebles o inmuebles presentes o futuros del deudor, con la sola excepción de los bienes no embargables; así como consagra el derecho del acreedor de llegar, si fuera necesario, hasta rematar los bienes del deudor si no cumple su obligación, pudiéndose apreciar que la ejecución se hace efectiva en los bienes del deudor.

Para Saleilles[7], los efectos de las obligaciones se resumen en una sola palabra, ejecución, o sea que los mismos consisten en la necesidad jurídica de que las obligaciones se cumplan, contemplando los efectos de las obligaciones desde un doble punto de vista, tanto con relación al acreedor como al deudor. Trigo Represas y Compagnucci De Caso[8] señalan que el cumplimiento de la obligación puede ser obtenido por el sujeto activo de dos maneras, por la ejecución voluntaria por parte del deudor, y mediante la ejecución forzada, con intervención de los tribunales judiciales. La primera, para ellos, resulta estadísticamente el caso más frecuente ya que llegado el momento el deudor paga, sin necesidad de coacción alguna, y con ello la obligación muere, podría decirse de muerte natural. Pero si el deudor no pagase espontáneamente, el cumplimiento puede lograrse por ejecución forzada, con intervención judicial, contemplándose dos situaciones, la ejecución directa de la obligación, es decir su cumplimiento in natura, ya sea con intervención del deudor o por terceros, y la ejecución indirecta, por medio de la indemnización

[6] *Vid.,* Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso …, cit.,* pág.173.

[7] *Cit. pos.,* Trigo Represas, Félix A. y Rubén H. Compagnucci De Caso, *Código Civil Comentado, Obligaciones* Tomo I, artículos 495-651, Rubinzal-Culzoni Editores de Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires, Argentina, pp. 86-87

[8] Trigo Represas, Félix A. y Rubén H. Compagnucci De Caso, *Código Civil Comentado, Obligaciones* Tomo I, artículos 495-651, Rubinzal-Culzoni Editores de Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires, 2005, pág. 87

sustitutiva de los daños y perjuicios, en cuyo caso el cumplimiento no se obtiene en forma específica, sino por su equivalente en dinero. Los jueces tienen facultad para conocer sobre el litigio, *notio*, para resolverlo, *iudicium y* también para hacer cumplir lo decidido en la sentencia, *executio*. A veces, el vencido en el pleito ejecuta voluntariamente lo que la sentencia ordena; pero en otros casos, se niega a cumplirlo, y entonces el vencedor debe recurrir nuevamente al juez para que se lleve a cabo la ejecución forzada, mediante el correspondiente proceso de ejecución[9].

No obstante, como preámbulo al análisis comparado del concepto y características significativas de la ejecución forzosa, se podría señalar que el objeto del proceso de ejecución consiste, fundamentalmente, en modificar una situación de hecho existente a fin de adecuarla a una situación jurídica resultante, sea de una declaración judicial o de un reconocimiento consignado en un documento al que la ley asigna fuerza ejecutiva. Ya no se trata, como en el proceso de conocimiento, de obtener un pronunciamiento acerca de un derecho discutido, sino de actuar, de traducir en hechos reales un derecho que, pese a haber sido judicialmente declarado o voluntariamente reconocido, ha quedado insatisfecho[10].

En otras palabras, puede decirse que en la base de todo proceso de ejecución se encuentra un derecho ya cierto o presumiblemente cierto, cuya satisfacción se tiende a asegurar mediante el empleo de la fuerza. De modo que la coacción, como elemento de la actividad jurisdiccional, desempeña en este tipo de proceso un papel preponderante. Carnelutti[11] lo ha destacado con claridad al poner de manifiesto la diversa materia del proceso de conocimiento y del proceso ejecutivo. Afirma este autor que no sería temerario subrayar esta diferencia mediante la antítesis entre la razón y la fuerza porque en realidad, aquélla es el instrumento del proceso jurisdic-

[9] Font, Miguel Ángel, *Programa Desarrollado de la Materia Procesal Civil y Comercial Guía de Estudio*, Editorial Estudio S.A., Buenos Aires, Argentina, 2003, pág.252.

[10] *Vid*. Palacios, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17a edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 660.

[11] *Idem.*

cional (de conocimiento), y ésta, el del proceso ejecutivo. De ese modo —agrega— se comprende también la subordinación normal del segundo al primero, hasta que no se haya establecido la razón, no debe ser usada la fuerza.

Para Chiovenda[12] la concepción de la ejecución forzosa se encamina a que si una prestación que está declarada como debida no se cumple, o si, para evitar la actuación de una declaración con predominante función ejecutiva o de una resolución de cautela, el supuesto deudor no cumple espontáneamente la prestación, tiene lugar la instrumentación de la categoría y así se distinguen los conceptos de ejecución y de ejecución forzosa en general, de los de ejecución procesal y no procesal.
En un sentido muy amplio se instituye la ejecución que aún en el campo del Derecho no es sino la verificación de una voluntad. Bajo este concepto común se comprende como ejecución de la ley todo lo que se hace para que una voluntad de esta tenga su efecto. Según sean aplicadas las medidas de coacción o de subrogación por órganos procesales, por órganos administrativos o por particulares, se tienen formas diferentes de ejecución forzosa procesal, administrativa o particular[13].

En pos de una definición de la categoría cumplimiento forzoso y puntos de contacto con la ejecución forzosa.

Es acertado el criterio que identifica el cumplimiento o pago[14] con el modo más normal de extinción de las obligaciones, si se quiere el modo por excelencia, por cuanto es la forma satisfactoria que conduce al logro del interés del acreedor, entendiéndose por cumplimiento la realización exacta, se añade además íntegra, de la prestación debida por el deudor respecto al acreedor. A lo que también se le ha denominado pago, que no es sólo el modo de cumplir las

[12] Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Editorial Reus S.A., Madrid, España, 1922, pág. 275.

[13] *Idem.,* pág. 276

[14] Ojeda Rodríguez, Nancy de la C. y Teresa Delgado Vergara, *Teoría General de las Obligaciones, Comentarios al Código Civil Cubano*, editorial Félix Varela, La Habana, 2000, pág. 217

obligaciones dinerarias, sino cualquier obligación ya sea de dar, hacer o no hacer. Y este precisamente es un asidero conceptual para una amplia gama de teóricos que desarrollan su trabajo en este campo concreto del Derecho Obligacional.

Así, el principal efecto del cumplimiento es, como se ha dicho, la extinción de la obligación, y con ella, la liberación del deudor y la satisfacción del interés del acreedor; pero el pago será válido cuando cumpla ciertos requisitos en relación con los sujetos que lo realizan, el objeto del mismo, y el momento y el lugar en que se efectúa. No obstante, la ausencia total de cumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones producen un hecho de incumplimiento, en que puede hacerse referencia a todos aquellos casos en los que el deudor contradice el derecho del acreedor o no llega a ajustar su comportamiento a las precisiones establecidas en el acto que originó a la obligación.

Dentro del incumplimiento se acostumbra a diferenciar entre el incumplimiento impropio, que supone un cumplimiento inexacto de la prestación bien porque el deudor no cumple íntegramente la prestación o porque cumpliéndola íntegramente lo hace impuntualmente, y se puede referir el incumplimiento propio, que afecta a la esencia de la obligación haciendo imposible su realización y puede depender de la propia voluntad del deudor, refiéranse las modalidades de dolo o culpa o de causas independientes como el caso fortuito y la fuerza mayor. Otra vertiente refiere el incumplimiento que puede ser total o propio, que es el incumplimiento propiamente dicho, en que el deudor no realiza la prestación o la realiza de forma absolutamente inadecuada, inhábil o inútil, y puede ser también el incumplimiento, parcial o impropio o cumplimiento defectuoso: el deudor realiza la prestación pero no lo hace exactamente como estaba determinada en la obligación. En este cumplimiento defectuoso la prestación que realiza el deudor no se ajusta a los requisitos del pago.

Amén de dichas precisiones en torno a determinadas modalidades de incumplimiento, sí se debe señalar que todas ellas generan una cierta y latente insatisfacción en la persona del acreedor

y en cuyo caso, debe generarse una respuesta o acción ante tal situación, motivo por el cual éste cuenta con el derecho de dirigirse ante los órganos jurisdiccionales para pedir tutela jurídica y obtener, de esta forma, el cumplimiento, ya no voluntario, sino *forzoso* de la obligación.

Es decir el cumplimiento forzoso, acotamos, es el género, pues la finalidad que persigue el vínculo obligatorio entre determinados sujetos es la satisfacción plena de la expectativa latente, la verificación de la causa en el resultado, la materialización *per se* de lo convenido y no de situación distinta, o en lugar y tiempo distintos. La categoría cumplimiento forzoso supone para su existencia el otorgamiento de la permisibilidad normativa de carácter estatal que induzca al ejercicio de la acción procesal en la jurisdicción correspondiente y requiere de la voluntad del acreedor o acreedores para acudir a demandar su interés o intereses, aquel o aquellos que han sido lesionados, con independencia de que pueda obtenerse en la persona del deudor un cumplimiento forzoso en especie o cuya naturaleza y condiciones sea la obtención del equivalente, que facilita un equivalente pecuniario o lo mismo, la llamada indemnización por daños y perjuicios. El genérico cumplimiento forzoso arrastra en su entorno una serie de sujetos, intenciones e instituciones para su logro, instituciones que en concreto se configuran en los órganos judiciales y dentro de los cuales es que se lleva a cabo el proceso ejecutivo. Anteriormente se equiparaba la ejecución procesal con la forzosa y de eso se trata. Una es medio, la ejecución forzosa, el otro es fin, el cumplimiento forzoso.

Según los autores LLambias, Raffo Benegas y Sassot[15] en el cumplimiento forzoso, si el deudor no cumple el acreedor dispone de los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado. En primer término se trata de resortes o recursos autorizados por la ley que se canalizan por intermedio de la autoridad judicial. El acreedor no puede nunca hacerse justicia por mano propia: debe siempre acudir ante los tribunales para vencer, por su intermedio, la resistencia del deudor incumplidor. En segundo lu-

[15] *Vid.* Lambias, Jorge A., Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, *Manual de Derecho Civil…, cit.*, pág. 39

gar, estas acciones judiciales tienden a la ejecución de la obligación, es decir a la concreción del bien que el acreedor espera obtener mediante una determinada conducta del deudor. Esa conducta que se identifica con la realización de la prestación debida es, en sí misma, incoercible, pero el bien que constituye el objeto de la prestación puede, en cambio, obtenerse compulsivamente. Este recurso del acreedor está respaldado por el auxilio de la fuerza pública. La sentencia judicial que declara el derecho del acreedor es susceptible de cumplirse *manu militan*. De ahí el nombre de cumplimiento forzado que recibe esta actuación de los derechos del acreedor.

Los propios autores identifican que el principio del cumplimiento específico de la obligación no es absoluto[16]. Sin duda ese modo de ejecución en especie, constituye la primera prerrogativa del acreedor, interesado en que el reconocimiento de su derecho se traduzca en la efectiva concreción de la prestación esperada. Pero no siempre será practicable ese cumplimiento en especie, ya porque hayan sobrevenido modificaciones insalvables en el objeto debido, ya porque la realización forzada del hecho debido tenga correlación directa con el ejercicio de la violencia sobre la persona del deudor que el Derecho moderno no tolera, lo cual implica el análisis de las limitaciones al cumplimiento forzado de la prestación, con respecto a las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

En lo que respecta a las obligaciones de dar [17]el acreedor puede pedir el embargo y secuestro de la cosa, o el desalojo del deudor del inmueble que ocupa sin derecho, todo ello con el auxilio de la fuerza pública, a fin de vencer la resistencia del deudor. No hay violencia sobre la persona del deudor sino sólo remoción de su oposición al cumplimiento de la obligación, impidiéndose de esa manera que él prevalezca en un proceder injusto. El derecho del acreedor al cumplimiento específico de la obligación de dar está supeditado a la concurrencia de tres requisitos. El primero de ellos que la cosa exista, pues, si no existe no es posible el cumplimiento forzado y se producen otras consecuencias jurídicas. Cuando la cosa se pier-

[16] *Idem.*, pág. 41

[17] *Ibidem*

de por culpa del deudor, la primitiva obligación de dar una cosa cierta se convierte en la de pagar daños e intereses, y si ello ocurre sin culpa del deudor se presenta un caso fortuito que extingue la obligación sin responsabilidad para el deudor. En un segundo plano que la cosa esté en el patrimonio del deudor, al cual, se limitan los poderes de agresión del acreedor. Y como tercer elemento, que el deudor tenga la posesión de la cosa. Si la posesión ha pasado a un tercero el desapoderamiento de éste no puede tener lugar hasta que se lo oiga y se examine su derecho a la cosa.

Para las obligaciones de hacer[18] se admite como regla general su ejecución forzada a menos que sea necesario ejercer violencia contra la persona del deudor, *v.gr.,* obligación de escriturar, será factible su cumplimiento forzado. Si no lo es *v.gr*. obligación de realizar una obra de arte o prestar servicios profesionales, el acreedor deberá conformarse con la indemnización de daños y perjuicios. El Derecho moderno, por respeto a la dignidad de la persona humana, veda en esta hipótesis el recurso a la fuerza. En las obligaciones de no hacer se aplica el mismo criterio que gobierna las obligaciones de hacer; el hecho del deudor podrá ser impedido si no es necesario ejercer violencia sobre su personar[19].

Borda[20] enfatiza respecto al cumplimiento forzado que cuando el deudor no cumple espontáneamente, la ley pone a disposición del acreedor los medios legales para obligarlo a cumplir y esta compulsión estará encaminada a lograr el pago específico o *in natura* de lo debido y sólo cuando ello no fuera posible o cuando lo prefiriese el acreedor, se encaminará a sustituir el pago por la indemnización de daños. Sin embargo, destaca como presupuestos de imposibilidad de cumplimiento forzoso *in natura,* cuando se ha hecho imposible la entrega de la cosa debida, v.*gr.* si se ha destruido, si ha salido del

[18] *Idem.,* pág.42

[19] *V.gr.* Así podrá clausurarse un establecimiento comercial con el cual el deudor viola la obligación asumida de no instalarse dentro de cierto radio; pero no podrá impedirse por la fuerza que quien se obligó a trabajar full-time preste sus servicios a otros acreedores. Si lo hecho es una obra el acreedor puede pedir su destrucción.

[20] Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I*, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 38.

patrimonio del deudor; y en las obligaciones de hacer o no hacer, cuando para obtener la ejecución forzada sea necesario ejercitar violencia sobre la persona del deudor.

El autor fundamenta como razón de respeto por la personalidad humana en el Derecho moderno, el principio de que *no es posible ejercer violencia sobre la persona del deudor para forzarlo a cumplir con una obligación de hacer o no hacer.* Pero ante todo esclarece, que este principio se refiere únicamente a las obligaciones de hacer y no a las de dar, de tal modo que el acreedor tiene derecho a usar la fuerza pública para obligar al deudor a entregarle una cosa que le debe y que se resiste a entregar; en segundo lugar se refiere, a aquellas obligaciones de hacer para cuyo cumplimiento fuera necesario ejercer fuerza sobre el obligado, pero cuando ella no fuera indispensable, el deudor puede ser obligado a cumplir. Por lo que puede forzarse el cumplimiento de las obligaciones de no hacer, ya sea mandando a destruir lo que se hubiere hecho, mediante embargos, etcétera, que impidan al deudor realizar un acto de enajenación que prometió no hacer. El principio de que no puede ejercerse fuerza sobre la persona del deudor, no impide la legitimidad de ciertos recursos encaminados a lograr el cumplimiento *in natura*.

**1.2. Sobre los medios de compulsión en la doctrina.**

Según lo anteriormente referido, cuando el deudor no cumple espontáneamente, la ley pone a disposición del acreedor los medios legales para obligarlo a cumplir. Esta compulsión está encaminada a lograr el pago específico o *in natura* de lo debido y sólo cuando ello no fuera posible o cuando lo prefiriese el acreedor, se encaminará a sustituir el pago por la indemnización de daños.

Respecto a los medios de compulsión, López de Zavalía[21] destaca que cuando la prestación del demandante debió ser cumplida antes que la del demandado, o debe ser hecha simultáneamente con la de éste, el Derecho otorga al demandado la excepción de contrato no cumplido, *exceptio non adimpleti contractus*, o de cumplimien-

[21] López de Zavalía, Fernándo J., *Teoría de los contratos*, Tomo I, Parte General, Editor ZAVALIA, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1997, pp. 598-599

to mal efectuado, *non rite adimpleti contractus*. Si la prestación del demandante debe ser cumplida después que la del demandado, pero en razón de la insolvencia del primero no fuere de esperar dicha prestación se pone de manifiesto la excepción de caducidad del término. No obstante, el enfoque doctrinal de este autor centra su atención en la primera de las excepciones: la *exceptio non adimpleti contractus*[22]. Es decir, la *exceptio* como oposición del demandado ante la exigencia de cumplimiento del acreedor incumplidor, según el caso, y el parecer del propio autor, gira en un ámbito con los siguientes caracteres: se trata de un mecanismo de acción cuya órbita va dirigida a la misma oposición del demandado en todas las obligaciones recíprocas; se presume su utilización extrajudicial, pero el ejercicio de esta excepción opuesta será particularmente necesario cuando el acreedor pretenda seguir la vía resolutoria judicial y como último de estos, funciona tanto en las obligaciones de ejecución instantánea como en las de duración.

Técnica y procesalmente, López de Zavalía alega que es una excepción dilatoria substancial. Por aplicación del principio "el que excepciona se convierte en actor", creyeron algunos que el cargo de la prueba pesaba sobre el demandado. Había en esto un error, derivado de la antigua concepción sobre la distribución de la prueba. El demandado que opone la *exceptio*, no invoca ningún hecho impeditivo, ni modificativo, sino simplemente niega que se haya integrado el hecho constitutivo que justifica la demanda del actor y que, como todo hecho, debe ser probado por aquel a quien su acreditación beneficia. La prueba corresponde a quien reclama el cumplimiento. La improcedencia de la exceptio, si se tiene fundada la defensa en el incumplimiento, sería constatada cuando, primeramente, el demandante hubiese cumplido; si se ofreciese cumplir; si el demandante no debiese todavía cumplir porque su obligación fuera a plazo y queda excluida la hipótesis en que al demandante le fuere imposible cumplir. Cuando definitivamente el cumplimiento

[22] El *instituto* se encuentra expresamente consagrado en el artículo 1201 de la Ley número 340 de fecha 25 de septiembre de 1869, Código Civil de la República Argentina, en los siguientes términos: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido, u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”. Considérese este Código como uno de los primeros en lograr la regulación de esta excepción.

es imposible, y ello acontece sin culpa, el contrato se disuelve para ambas partes, por lo que mal podría reclamarse un cumplimiento; si acontece con culpa, la obligación se convierte en la de pagar daños y perjuicios. Si el caso fortuito no imputable trajera su mora, tampoco estaría en mora la otra parte[23].

Mosset Iturraspe y Piedecasas[24] alegan que los contratos se hacen para ser cumplidos y si son bilaterales o de prestaciones recíprocas, el cumplimiento debe ser, al menos como regla, simultáneo, a la vez. Pero sostienen, al referir la excepción de incumplimiento contractual, la hipótesis de la existencia de un contratante incumplidor que pese a encontrarse en una actitud antijurídica, contraria a Derecho, calificada como mora, pretende el cumplimiento de la contraparte y en consecuencia, acciona en ese sentido. Es decir, existe un contratante incumplidor que pretende judicialmente -o reclama extrajudicialmente- que la contraparte cumpla las prestaciones a su cargo. El incumplimiento, que funda la oposición a cumplir, puede ser total, invocando que ninguna prestación ha sido satisfecha; que el contrato permanece en su integridad incumplido, o bien, parcial, alegando la parte requerida que se han cumplido solamente algunas prestaciones; que otras permanecen insatisfechas, o bien, que se ha cumplido con vicios o defectos o de una manera irregular. En el primer caso, incumplimiento total, se configura la posibilidad de hacer valer la excepción: *exceptio non adimpleti contractus*, en su versión mayor u original; en el segundo caso, cumplimiento parcial, la doctrina admite la procedencia de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, una variante frente al incumplimiento defectuoso o parcial. Y los mismos autores expresan que la dificultad se origina cuando ante un módico o pequeño incumplimiento, sin relevancia económica, se pretende oponer una excepción que apunta a no cumplir la contraprestación en medida alguna. La doctrina apunta a distinguir la razonabilidad de la oposición; cuándo es procedente y cuándo puede ser calificada como abusiva o aprovechadora; un verdadero ejercicio abusivo del derecho a no cumplir.

---

[23] *Vid*. López de Zavalía, Fernándo J., *Teoría de los , cit.,* pp. 599-603

[24] Mosset Iturraspe, Jorge A. y Miguel A. Piedecasas, *Código Civil Comentado, Responsabilidad Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pág. 417

Los citados autores refieren y reafirman como válidos los caracteres otorgados a la *exceptio* por la doctrina en general, tales como[25]: se trata de un requisito de la acción, de donde el juez puede de oficio rechazar una demanda que no reúne los extremos exigidos; se trata de una excepción dilatoria, opuesta al progreso de la acción, que debe ser ventilada en la causa y de ser acogida por el juez provoca el rechazo de la demanda, que, sin embargo, podrá ser nuevamente promovida cuando el accionante haya cumplido u ofrezca cumplir; se trata de una demanda reconvencional, una contrademanda que debe reunir los extremos propios de toda demanda, en cuanto a los requisitos procesales y, por último, se la considera una excepción sustancial o de Derecho sustantivo, cuya cualidad propia es la de ser un derecho contrapuesto al pretendido por el actor, un contraderecho, con carácter dilatorio, pues demora el cumplimiento de la obligación a cargo del demandado, que no es desconocida y menos aún negada. La filiación final y sintética se dirige al particular de que las partes en un proceso ponen los hechos y que es el juez de la causa quien decide el Derecho aplicable, de donde, con esta base bastaría con señalar el incumplimiento del accionante para la procedencia de la excepción.

LLambias, Raffo Benegas, Sassot y Palacios[26] invocan y profundizan otro de los medios de compulsión del deudor como es, las astreintes, sobre la cual emiten una noción o concepto, que consiste en la imposición judicial de una condena pecuniaria que afecta al deudor mientras no cumpla lo debido, y que por ello es susceptible de aumentar indefinidamente. Supone la existencia de una obligación que el deudor no satisface deliberadamente, y procura vencer la resistencia del recalcitrante mediante una presión psicológica que lo mueva a cumplir para detener la acumulación incesante de una deuda que puede llevarlo a la ruina. La astreinte no es una pena civil; mira al futuro y sólo alcanza a aquel que después de dictada la orden judicial, persiste en su actitud recalcitrante. Tampoco es una

[25] *Idem*., pp. 419-420

[26] *Vid.* Llambias, Jorge A., Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, *Manual de Derecho Civil…, cit.*, pág. 43-44; *Vid*. Palacios, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17a edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 665-666

indemnización; es un medio de compulsión del deudor de que dispone el acreedor para obtener lo que le es debido. Si la persona del deudor es sagrada, su patrimonio no lo es. Es razonable entonces, una sanción pecuniaria que grava el patrimonio del deudor mientras éste incumpla deliberadamente el deber que le impone una sentencia. Según la doctrina argentina para las astreintes se manifiestan los siguientes caracteres: constituyen un medio de coacción psicológico tendiente a vencer la voluntad del deudor contumaz; dependen del arbitrio del juez, quien puede imponerlas o no, según las circunstancias de cada caso; son provisionales, por cuanto el mismo juez que las decretó puede, de acuerdo con las circunstancias, suspenderlas o dejarlas sin efecto. Aquél, asimismo, puede aumentarlas o disminuirlas atendiendo a la conducta que observare el obligado; carecen de relación con el efectivo perjuicio material o moral sufrido por el acreedor; son aplicables a cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, especialmente a estas dos últimas, para cuyo cumplimiento in natura la ley proscribe el empleo de la fuerza sobre la persona del deudor.

La jurisprudencia argentina ha recurrido a las astreintes para conminar al cumplimiento de deberes de familia y otros desprovistos de contenido económico. Pero tratándose de obligaciones de hacer se ha estimado con razón, que por respeto a la persona humana, no cabe recurrir a este modo de compulsión cuando es la propia persona la que está comprometida en la prestación debida, por ejemplo, realización de una obra de arte, o prestación de servicios profesionales[27].

Borda define con precisión las astreintes, alegando que consisten en una condena pecuniaria fijada a razón de *tanto por día*, o por otro período de tiempo, de retardo en el cumplimiento de la sentencia, requisito último este o presupuesto esencial para su declaración. Es un procedimiento eficaz para vencer la resistencia del deudor contumaz; difícilmente el condenado soporta la presión de esta amenaza, incesantemente creciente, que se cierne sobre su patrimonio. El propio autor distingue las características esenciales del

[27] *Idem.*, pág. 47


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 149-198

instituto y dentro de ellas las siguientes: Partiendo de que no constituyen una pena civil, las astreintes son provisorias y cumplida la obligación, ellas dejan de ser ejecutables; no son una sanción por el incumplimiento, sino una medida destinada a lograr el cumplimiento; no son una indemnización de daños porque la indemnización fija definitivamente los daños sufridos en tanto que las astreintes son provisorias, aumentan con el transcurso del tiempo y pueden ser alteradas discrecionalmente por los jueces; la indemnización de daños es resarcitoria y, por tanto, su medida está dada por el monto del daño, mientras que las astreintes son conminatorias y por ello, se fijan en atención al patrimonio del deudor; la indemnización sustituye la prestación incumplida, en tanto que las astreintes, tienden a que dicha prestación se cumpla.

No son tampoco una medida cautelar, pues ésta tiende a asegurar cosas o derechos que son motivo de litigio o que sirven de garantía del cumplimiento de una sentencia dictada o por dictarse; las astreintes no aseguran ningún bien, sino que constituyen una condenación accesoria. Las astreintes constituyen simplemente, una medida de coerción destinada a presionar sobre el deudor para obtener el pago de la obligación. Es inútil procurar asimilarlas a otras instituciones, porque tienen una naturaleza propia, singular, que se resiste a ser encuadrada en otros moldes y una de sus características esenciales es que se fijan siempre en dinero[28].

Las astreintes no se fijan teniendo en consideración el valor del interés en juego en el pleito, sino que se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas. Esta disposición pone de manifiesto muy claramente, según ya lo hemos hecho notar, que las astreintes no son una indemnización de daños y perjuicios, pues se fijan con entera independencia de su monto. Lo que se tiene en cuenta es el patrimonio de quien debe satisfacerlas, criterio de todo punto de vista lógico, porque de lo que se trata es de presionar eficazmente sobre el deudor para que cumpla la resolución judicial, y sólo una presión económica a la medida del deudor puede ser eficaz.

[28] *Vid.*, Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho …, cit.,*, pp. 43-44

Otros de los mecanismos legales encaminados al cumplimiento *in natura* según los autores Llambias, Raffo Benegas y Sassot, es el consistente en la imposición de multas civiles, vistas como sanciones pecuniarias impuestas por las leyes en razón de ciertas contravenciones al orden social establecido. A diferencia de las astreintes, miran al pasado y tienen carácter represivo y no conminatorio. Las multas pueden resultar, ya de la disposición de la ley, de la convención de las partes, una cláusula penal, o bien pueden imponerlas los jueces para asegurar el orden y buen trámite de los juicios[29].

Borda, de igual manera incursiona en un tratamiento teórico del instituto, para lo cual la distingue; como aquella cláusula en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación. Esta cláusula penal desempeña funciones como: ser un medio de compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa que la obligación contraída, por lo que expone al deudor a un grave peligro para el caso de incumplimiento; es también un medio de fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento, evitándose así todas las cuestiones relativas a la prueba de la existencia del daño y su monto. Pero sería un error considerarla como una indemnización propiamente dicha, pues la indemnización debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor, en tanto que la cláusula penal se fija arbitrariamente, es casi siempre mayor que los daños y, finalmente, se debe, aunque el acreedor no hubiera sufrido perjuicio alguno como consecuencia del incumplimiento. Es un recurso del que se vale el acreedor para asegurarse la seriedad de la promesa hecha por un tercero, de quien no se tiene mandato; pero ésta es una función excepcional de la pena. Además puede estipularse respecto de cualquier clase de obligación, sea patrimonial o no. Para la cláusula penal pueden asociarse caracteres como; es accesoria de una obligación principal puesto que es acordada para asegurar su cumplimiento, de donde se desprende que la nulidad o extinción

[29] *Vid.* Llambias, Jorge A., Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, *Manual de Derecho Civil…, cit.*, pág. 47.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 149-198

de la obligación principal causa la nulidad o extinción de la cláusula penal, en cambio, la nulidad o extinción de la cláusula penal deja subsistente la obligación principal; es subsidiaria, pues el objeto principal del contrato sigue siendo siempre la obligación principal. De aquí surgen las siguientes consecuencias, el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena; el acreedor tiene siempre el derecho de pedir el cumplimiento en especie, a menos que en el contrato se reconozca expresamente al deudor la facultad de no pagar la obligación principal o que se tratare de una obligación de hacer. En estas dos hipótesis excepcionales el deudor puede liberarse pagando la pena; el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y al mismo tiempo la pena, sino una de las dos cosas a su arbitrio, a menos que la pena se hubiere puesto a la mora o que se haya estipulado expresamente que el pago de la pena no extingue la obligación principal; otro carácter apunta a ser por naturaleza condicional, pues no funciona sino en caso de ejecución del deudor, y por último, es como principio inmutable[30].

## 2. Referencia al incumplimiento y ejecución forzosa en los contratos formalizados en escritura pública.

Hinestrosa[31] de forma inequívoca establece un vínculo entre incumplimiento y ejecución forzosa al establecer que los ordenamientos jurídicos previenen inexorablemente que en caso de esta situación de no cumplimiento del deudor, el acreedor puede optar entre perseverar en su satisfacción *in natura*, en cuanto sea aún posible y subsista su interés en ella, o reclamar el subrogado pecuniario de la prestación. En ambos casos, sumando a la correspondiente pretensión básica, la de resarcimiento de los daños sufridos por causa del incumplimiento. De la insatisfacción del acreedor, en principio y por principio, se infiere el incumplimiento del deudor. Pero el incumplimiento es el presupuesto de la intervención judi-

[30] *Vid.*, Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho…, cit.,* pp. 179-180

[31] Hinestrosa, Fernando, *Modalidades del Incumplimiento Contractual*, Conferencia para la *VI Jornada Internacional de Derecho de Contratos*, La Habana, 24-26 enero 2007, Versión Digital.

cial con miras a la ejecución coactiva de la prestación, *in natura* o por su equivalente pecuniario, o a la resolución o terminación de la relación contractual, y en ambos casos, a la indemnización de daños y perjuicios.

En este mismo sentido Vidal Olivares[32] refiere que el solo incumplimiento es suficiente para poner a disposición del acreedor unas medidas de protección que, genéricamente, se las llama remedios por incumplimiento, es decir, acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, entre los cuales puede optar, más o menos, libremente y cuyo objetivo es la realización de su interés en la prestación, afectado por la infracción. Conjuga en el nivel teórico los denominados efectos anormales de las obligaciones o derechos y acciones por incumplimiento, pero ahora referidos a toda clase de obligación y no solo a las unilaterales, se trata de una responsabilidad en sentido amplio, sinónima de un conjunto de consecuencias que se siguen de la infracción del deudor y que debe soportar por ese mismo hecho, a la que, más propiamente, conviene denominar sistema de remedios por el incumplimiento. La responsabilidad civil en su sentido restringido se identifica con la indemnización de daños, amén de la existencia de los remedios que a partir de una sustantivación pueden encontrar una expresión procesal, tal y como se han trabajado *supra*[33].

No obstante, O´callaghan[34] concretiza que el incumplimiento imputable al deudor no extingue la obligación, sino que pretende que el patrimonio del acreedor quede como si hubiera habido cumplimiento exacto; se da la responsabilidad del deudor, con todo su patrimonio. La responsabilidad es, pues, la situación en que queda el deudor, en su patrimonio como consecuencia de haber incumplido imputablemente la obligación. Lo cual se traduce en que

---

[32] Vidal Olivares, Alvaro, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 34 No.1, 2007, pág.54

[33] *Víd.*, epígrafe 1.3 en lo referente a los medios de compulsión provenientes del Derecho comparado.

[34] O´callaghan, Xavier, *Incumplimiento de las Obligaciones en Compendio de Derecho Civil, Tomo 2 Obligaciones y Contratos*, Vol.1, a consultar en http://vlex.com/vid/215131

al deudor se le exige primeramente, la ejecución forzosa en forma específica, in natura, realizando la prestación objeto de la obligación, coactivamente, cuando sea posible, *v.gr.*, ocupando judicialmente y entregando la cosa debida al acreedor, o a su costa, haciendo que a su costa y cargo, lo haga un tercero, siempre que la obligación no sea *intuitu personae*; por otra parte se tiene el cumplimiento por equivalencia, *id quod interest*, que es la indemnización de daños y perjuicios, como valor de la prestación incumplida.

En lo concerniente a la ejecución forzosa de obligaciones ante situaciones de incumplimientos en contratos formales, pueden inferirse regulaciones respecto de ellas en determinadas normas procesales y según aseveraciones de autores en el Derecho Comparado. Sadas Contreras[35] refiere la necesaria existencia de escrituras públicas dentro de la categoría de títulos ejecutivos a que hace referencia la norma procesal mexicana, al decir de estos en relación al proceso ejecutivo, y considerado este como proceso singularmente privilegiado en que el juez debe ser cuidadoso al estudiar el título base de la acción o pretensión, que únicamente está autorizado para despachar ejecución cuando el documento en cita reúna los requisitos establecidos[36]. Como presupuestos procesales de la tipología de obligaciones incumplidas que pueden conocerse y ejecutarse se anteponen certeramente prestaciones de dar, de hacer y no hacer.

Al respecto Chiovenda[37] señala que puede existir ejecución forzosa cuando se realiza basándose en una declaración de prestación debida por un obligado, en especial de dar, cuyo contenido puede ser pagos, entrega de cosas muebles y dejación de inmuebles. En estos casos se tiende al bien que debía prestar el obligado, en lugar

[35] Sadas Contreras, Carlos Enrique, *Apuntes Elementales de Derecho Procesal Civil*, Ciudad Universitaria de Nuevo León, México, Nuevo León, 2000, pp. 193-194

[36] El artículo número 646 del Código de Procedimientos Civiles de México literalmente dice: Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título ejecutivo que traiga aparejada ejecución. Traen aparejada ejecución: I.- El primer testimonio de una escritura pública expedida por juez o por Notario ante quien se otorgó.

[37] Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial REUS S.A., Madrid, 1922, pp. 278, 279, 285.

del obligado, subrogación. Éste puede siempre evitar la ejecución, prestando espontáneamente lo que debe. La exposición científica de la ejecución, según expone, se hace más difícil por el hecho de que la norma procesal española considera como ejecución forzosa, la ejecución de las sentencias o títulos que declaran una obligación de dar (pago de cantidades, entrega de cosas), y no la ejecución forzosa de la obligación en sí misma.

Es ilustrativo del contenido de la ejecución, según Palacios[38], el hecho de que la sentencia que condena a entregar cosas, librará mandamiento para desapoderar de ella al vencido, quien podrá oponer determinadas excepciones. Si la condena no pudiere cumplirse, se le obligará a la entrega del equivalente de su valor, previa determinación si fuere necesaria, con los daños y perjuicios a que hubiere lugar. La fijación del monto se hace ante el mismo juez y la resolución es de naturaleza irrecurrible. Aunque se podrá obtener el cumplimiento de la obligación por un tercero, a costa del deudor. El acreedor se halla por lo tanto habilitado para pedir que se lo autorice a adquirir la cosa de un tercero, por el precio corriente en la plaza al tiempo de la adquisición, a cuyo fin corresponde la designación de un perito[39].

Sin pretender aludir la existencia de una regulación procesal cuantiosa en materia de ejecución de obligaciones de dar contenidas en escrituras públicas, tampoco puede decirse de dicho contenido que sea omiso. Como se ha concretado en los párrafos anteriores, en el Derecho comparado se vislumbra la regulación de mecanismos ejecutivos, que en correlación directa con los tipos de prestaciones de dar, hacer y no hacer -a los efectos de la presente investigación científica con trascendencia en las de dar y en el caso de contratos formales- permiten la obtención *in natura* de las obligaciones incumplidas tomando como presupuesto la existencia previa del instrumento formal que configure como título ejecutivo, deviniendo *a posteriori* fases como; la cuestión

[38] Palacios, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, *17ª Edición*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 691.

[39] *Cfr.* Artículos 503, 504, 506, 515 del Código de Procedimiento de Argentina.

del desapoderamiento del incumplidor, la ejecución a costa de un tercero cuando la obligación no sea del tipo *intuitu personae*, o el cumplimiento por equivalente, o lo mismo, la deducción de la indemnización por daños y perjuicios cuya cuantía o monto se fija por el mismo juez. De manera general, puede constatarse dentro de este estudio doctrinario, la homogeneidad de criterios en cuanto al propósito, y coincidiendo con la línea de nuestra investigación, fijar el régimen de incumplimiento de las obligaciones de dar respecto a aspectos como la entrega de la cosa o dejación de ella y los pagos, todos ellos elementos que configuran dentro de los caracteres de los contratos de compraventa, permuta y donación.

## 3. La ejecución forzosa de las obligaciones contractuales en el Código Civil. Referencia a su expresión regulativa en sede de contratos formales traslativos de dominio.

El Código Civil en su artículo 233 dispone que las obligaciones facultan al acreedor para exigir del deudor una prestación y se cumplen de conformidad con el título que las origina, en consecuencia la pretensión de cumplimiento[40] esta indisolublemente vinculada a la obligación, la cual no tendría ningún sentido si tal pretensión no existiera y tiene por objeto obtener, en forma específica, la prestación omitida por el deudor, si el incumplimiento fue parcial, se dirige a obtener aquella parte de la prestación que no ha sido ejecutada. La pretensión de cumplimiento, por su naturaleza, es una acción de condena que entraña la necesidad de que el órgano jurisdiccional ante el cual se ejerce dicha acción, imponga coactivamente al deudor el comportamiento debido. Para que tal acción sea efectiva se requiere de la posibilidad de la prestación, o sea, que la ejecución de la prestación sea posible, pues sólo en este caso es posible obtener la condena del deudor a su realización.

[40] La pretensión de cumplimiento es la acción que se confiere al acreedor para obtener el cumplimiento, cuando su interés ha sido insatisfecho o lesionado su derecho de crédito por una falta de ejecución por parte del deudor de la prestación debida, ante este hecho el Derecho confiere al acreedor la facultad de poder exigir y obtener el comportamiento debido omitido y obtenerlo en la forma específica del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor. (Ojeda Rodríguez, Nancy de la C y Teresa Delgado Vergara, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil Cubano.* Edición Computarizada, La Habana, 2000, pág. 154).

Nos dice Ojeda Rodríguez[41] que en toda relación obligatoria existe la situación de sumisión del deudor y de su patrimonio al poder coactivo del acreedor con el fin de que éste logre la satisfacción de su interés en la obligación, poder que tiene que realizarse jurídicamente a través de un procedimiento, que es el proceso de ejecución, cuyo estudio corresponde al Derecho Procesal. No obstante, a nuestro parecer, las reglas centrales que fundamentan a *priori* esta materia se encuentran en las disposiciones contenidas en el Código Civil, en sus artículos 233, 234.1,2,3, 235, 243, 244, 245, 246, 249, 251[42] y en lo fundamental, los artículos 289 al 295, así

[41] *Vid*. Ojeda Rodríguez, Nancy de la C y Teresa Delgado Vergara, *Teoría General...cit.*, pág. 154-155.

[42] Artículo 233. Las obligaciones facultan al acreedor para exigir del deudor una prestación y se cumplen de conformidad con el título que las origina.

Artículo 234.1. El cumplimiento de la obligación es exigible en el término legal o, en su defecto, en el expresamente pactado o en el que se infiere de su propia naturaleza. 2. De no existir término, el cumplimiento puede exigirse en cualquier momento y el obligado, en este caso, debe cumplir la prestación dentro de los quince días contados a partir de la exigencia. 3. La exigibilidad respecto a las obligaciones de no hacer surge desde el momento en que el titular del derecho conoció o debió conocer el incumplimiento del deber de abstención.

Artículo 235. La obligación que tiene por objeto la prestación de un servicio debe ser ejecutada personalmente por el deudor, si el acreedor tiene interés en ello y esto se deduce de su contenido.

Artículo 243. Las obligaciones recíprocas o bilaterales deben cumplirse al mismo tiempo si de la ley, del acto jurídico, de la propia naturaleza de aquellas o de las circunstancias no resulta otra cosa.

Artículo 244. En las obligaciones en que debe cumplirse una prestación entre dos o más alternativas, si de la naturaleza de las mismas no se deduce otra cosa, la elección corresponde al obligado.

Artículo 245. Respecto a las obligaciones en que la prestación se determina solo por su género, la elección corresponde al obligado; pero en este caso no puede entregarse bienes de calidad inferior a la media.

Artículo 246.1. Si existen varios obligados o varios acreedores y la obligación es divisible, la deuda, al igual que el crédito, se divide en tantas partes cuantos sean aquellos. Esta partes se presumen iguales. 2. La prestación es divisible si su objeto puede dividirse sin producir en él una modificación sustancial o una merma de su valor.

Artículo 249.1. El acreedor puede a su elección, exigir de uno o varios de sus deudores solidarios, el cumplimiento total o parcial de la obligación. 2. La reclamación establecida contra un deudor no será obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte totalmente cobrada la deuda.

Artículo 251.1. El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago. 2. El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación con respecto a los demás, totalmente o hasta la cuantía pagada. 3. El deudor solidario que hizo el pago solamente puede reclamar de los codeudores la parte que a cada uno corresponda.

como en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico en sus artículos 473 al 526, pudiendo, v.gr. ejecutarse forzosamente una obligación pecuniaria en sede judicial a través del embargo de bienes del deudor, su avalúo y pública subasta de los bienes embargados, con sujeción a las disposiciones establecidas para el procedimiento de apremio en los juicios ejecutivos. Con el saldo de la venta de los bienes embargados se paga al acreedor lo que le corresponde. (*cfr*. artículos 499 al 515 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral).

En lo referido a una obligación positiva de dar se aplica lo dispuesto en su artículo 289 donde se señala que si el obligado a dar un bien determinado incumple la obligación, el acreedor tiene derecho a exigir que aquel sea desposeído del bien y que le sea entregado. Y precisamente estas obligaciones de dar son en muchos ordenamientos jurídicos, por su naturaleza, son las más dables a la compulsión directa, necesitándose por ello, la misma garantía sustantiva de involucrar a esos efectos, determinado personal judicial o aún la participación de la fuerza pública, de manera tal que el precepto no sea una mera formulación sin garantías. En este sentido, del análisis del propio precepto, el Código Civil se pronuncia estrictamente por la entrega de la cosa en concreto y no de cosa distinta, y de manera especial cuando así lo ha sugerido el legislador, la conservación de la cosa (*cfr*: artículo 340 inciso c) para el caso de la compraventa).

Por su parte el artículo 290 establece el mandato de que la obligación de hacer se haga a costa del deudor, lo que presupone que la actividad objeto de la prestación puede ser llevada a cabo por un tercero que sustituye al deudor y realiza la prestación en condiciones idénticas o al menos suficientes para satisfacer el interés del acreedor. El tercero que sustituye al deudor, realiza la prestación a costa del deudor, en consecuencia podrá exigir de éste la retribución del trabajo realizado por él; cuando la actividad que tenía que realizar el deudor debía ser realizada sólo por él, para el caso de la obligación que tiene carácter personalísimo (*cfr*. artículo 235) y no se admite por tanto, la sustitución del deudor. No existe otra vía de ejecución forzosa que no sea la transformación de la obligación en una obligación indemnizatoria, tal como dispone el propio artí-

culo 290 *in fine*, pues el deudor tendrá que indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento. (*cfr*. artículo 293)[43]. Estas regulaciones, consideramos son congruentes con mecanismos de ejecución forzosa de este tipo de obligaciones.

En el caso de las obligaciones de no hacer, la ejecución forzosa implica, tal como dispone el artículo 291, que se deshaga lo realizado indebidamente por el deudor, la restitución de la situación al momento del incumplimiento puede realizarla el deudor o se puede lograr ese restablecimiento a través de un tercero, en cuyo caso, serán por cuenta del deudor los gastos en que se incurran. En otro caso la ejecución forzosa tendrá que transformarse también, en resarcimiento de daños y perjuicios. (*cfr*. artículo 293). No obstante, aunque atinada esta regulación, igualmente es efectivo, ante la resistencia del deudor en casos de abstención, y de proceder por las circunstancias, el correspondiente auxilio de la fuerza pública.

El artículo 293 del Código Civil regula el denominado cumplimiento por equivalente, y establece que cuando el acreedor no puede obtener el cumplimiento de una obligación o sólo puede lograrlo de modo inadecuado, el deudor está obligado a reparar los daños y perjuicios resultantes salvo que el incumplimiento no le sea imputable. De tal manera que el derecho que le asiste al acreedor de exigir la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios se produce no sólo por un incumplimiento total de la obligación y su transformación en la de indemnizar los daños y perjuicios, sustituyendo el cumplimiento imposible ya, por dicha obligación indemnizatoria, sino que además, podrá exigirse ésta en los casos de cumplimiento defectuoso o cuando el deudor incurre en mora a partir de que el acreedor le exija su cumplimiento, judicial o extrajudicialmente a partir de lo cual el deudor responderá de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor si a pesar de estar en mora se hace imposible. (*cfr*. artículo 295 apartados 1 y 3). Al producirse el incumplimiento total y definitivo, la obligación de indemnizar,

[43] Artículo 293. En todos los casos previstos en los ARTÍCULOS anteriores, cuando el acreedor no puede obtener el cumplimiento de una obligación o sólo puede lograrlo de modo inadecuado, el deudor está obligado a repara los daños y perjuicios resultantes salvo que el incumplimiento no le sea imputable.

constituye una forma de liquidación de la obligación anterior. La indemnización es siempre una obligación pecuniaria, por lo que la llamada restitución *in natura* ha de ser considerada como objeto de la pretensión de cumplimiento (*cfr*. artículo 294 en relación con artículos 83 inciso a) y 84) y no como una variante del derecho de resarcimiento. Esta obligación pecuniaria por su naturaleza es una deuda de valor a juicio de autores cubanos[44].

Por otra parte el Código regula en el Libro III, título I, capítulo III, las distintas formas de garantías del cumplimiento de las obligaciones para asegurar la efectividad de su derecho, estableciendo en los artículos 266 y 267 cuáles son estas. (*cfr*: Artículo 266 y 267). La garantía es un nuevo derecho o facultad del acreedor que debe su existencia al Derecho de crédito.

Para el tema que nos interesa en nuestra investigación realizaremos un análisis de la sanción pecuniaria, forma de garantía que estudiamos en el capítulo I bajo la denominación de cláusula penal o pena convencional que es como la doctrina generalmente la reconoce, y mediante la cual el deudor deberá de pagar al acreedor una suma de dinero adicional, si incumpliese su prestación[45]. Esta forma de garantía posibilita la sustitución de la indemnización de daños y perjuicios. (*Cfr*:, Artículo 268 apartado 2). Por ende, la sanción pecuniaria es aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retardado de la obligación principal.

Refiere Ojeda Rodríguez que constituye una garantía personal y convencional cuya estipulación puede ser considerada como una garantía de la obligación en cuanto que su existencia asegura al acreedor el cumplimiento y facilita la exigibilidad del crédito. La sanción pecuniaria se establece por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria y que se encuentra en una relación de dependencia con la

[44] *Vid.,* Ojeda Rodríguez, Nancy de la C y Teresa Delgado Vergara, *Teoría General…cit.,* pág 157

[45] Artículo 268.1. En virtud de la sanción pecuniaria, el deudor contrae la obligación adicional de pagar al acreedor una suma de dinero en el caso de que incumpla su prestación.

obligación principal y podrá cumplir una función sancionadora o de previa liquidación de los daños[46]. En este sentido, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, pero la pena absorbe la indemnización de daños, o sea, que lo que exigirá el acreedor es el cumplimiento en forma específica y el pago de la sanción pecuniaria que contiene la indemnización de daños y perjuicios, aquí la sanción tiene una función de previa liquidación (*Cfr.*, artículo 268 apartado 2). La prestación de la sanción pecuniaria es exigible en los supuestos de incumplimiento total o parcial (*Cfr.* artículo 268 apartado 1) pero también puede establecerse para el caso de mora del deudor en la ejecución de la obligación, las partes son libres para vincular la sanción pecuniaria a todos los eventos mencionados o a cualquiera de ellos.

El artículo 269 del Código Civil establece que la cuantía de la sanción pecuniaria puede disminuirse equitativamente cuando la obligación se ha cumplido en parte o defectuosamente; de este precepto se infiere que es la parte interesada la que debe solicitar al Tribunal que adecue la cuantía de la sanción, deduciéndose además de la lectura del artículo que la sanción pecuniaria puede ser modificada, siempre que se haya producido un incumplimiento parcial, esta posibilidad es una facultad del tribunal, o sea, es una facultad judicial[47], será el tribunal el que modificará la pena, pero no cuando según equidad proceda, sino sólo cuando ha existido un cumplimiento defectuoso; de manera que no podrá moderarse la sanción porque sea excesiva, ya que éste es un tema que se encuentra en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Es en consecuencia, más un problema de ajuste que un problema de equitativa reducción. En este sentido en nuestra norma sustantiva al establecer que la cuantía de la sanción puede disminuir, impide la actuación de oficio, de manera que es la parte interesada la que debe solicitar al Tribunal que adecue la cuantía de la sanción[48].

---

[46] Ojeda Rodríguez, Nancy de la C y Teresa Delgado Vergara, *Teoría General…cit.*, pp 169-170.

[47] El Código Civil no es explícito respecto a la determinación de a quién corresponde tal facultad, pero existe un reconocimiento legislativo generalizado que la facultad de moderación de la sanción es del juez y no de las partes. *Cfr.* Artículo 1154 Código Civil español y artículo 535 del Código Civil boliviano.

[48] *Vid.,* Ojeda Rodríguez, Nancy de la C y Teresa Delgado Vergara, *Teoría General…cit.*,

### 3.1. La ejecución forzosa de las obligaciones contractuales en la Ley de trámites civiles. Crítica de los actuales mecanismos legales de ejecución en sede de contratos formales.

Expresa Marcheco Rey[49] que en nuestro Derecho Procesal Civil, la ejecución forma parte de la función jurisdiccional que comprende tanto la actividad de conocimiento, como la actividad de ejecución forzosa, es decir, la actuación del Tribunal dirigida a conocer, examinando o investigando con profundidad los hechos y fundamentos de derecho de la reclamación y de la oposición para emitir un fallo justo y su actuación para hacer cumplir tal decisión, siempre que sea preciso. La actividad ejecutiva, se presenta, en unos casos, como una necesaria continuación del proceso a fin de dar cumplimiento en todos sus extremos a la sentencia judicial, la ejecución se funda aquí en la existencia de un titulo jurisdiccional (sentencia o cualquier resolución jurisdiccional), en otros casos el proceso se inicia precisamente por la fase de ejecución, sin necesidad de que haya precedido la fase de declaración del proceso pues deriva de la existencia de títulos extrajurisdiccionales, a los que la ley otorga fuerza ejecutiva por razones practicas de seguridad y agilización del tráfico. En ambos casos estamos en presencia del proceso de ejecución.

El Libro Tercero de nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico está dedicado al Proceso de Ejecución, regulando desde el artículo 473 hasta el artículo 485, todo lo relativo a la ejecución de las sentencias y transacciones judiciales. Así pues el propio artículo 473 dispone que la sentencia firme y la transacción aprobada judicialmente, se ejecutaran en el mismo proceso en que se hayan dictado o aprobado.

La ejecución forzosa es actividad jurisdiccional y representa uno de los contenidos que nuestra Constitución en su artículo 120 atribuye a la potestad jurisdiccional, que detentan en exclusiva los tribunales. Consiguientemente, el órgano ejecutor en Cuba será

pág 172, 176.

[49] Marcheco Rey, Blanca, *Los títulos de crédito que generan ejecución. Reflexiones doctrinales y procesales,* Tesis Doctoral, pág. 99

el órgano jurisdiccional, particularmente el juez, como titular del órgano, aunque pueden intervenir también en esta actividad otros funcionarios, cooperando al buen fin de la misma al regular que la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la Ley instituye. En este mismo sentido, la Ley de los Tribunales en el artículo 3 establece que la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida en su nombre por el Tribunal Supremo Popular, los Tribunales Provinciales Populares, los Tribunales Municipales Populares y los Tribunales militares[50].

Para que proceda la ejecución de la sentencia es requisito indispensable que sea promovida a instancia de parte interesada y por el Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 474 del citado cuerpo legal. Consideramos que el análisis de estos preceptos, en lo particular lo regulado en el artículo 478 es de aplicación directa a los contratos formales traslativos del dominio, por lo que es donde mayormente se enfatiza o dirige el mismo.

Nuestra norma procesal regula en los artículos del 475 al 479, las diferentes formas de ejecución que el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta al emitir su fallo, que a su vez estará en correspondencia con el objeto de la pretensión de la parte interesada. Respecto a lo anterior el artículo 475 establece que "La ejecución de la sentencia que obligue al pago de una cantidad líquida, se iniciará requiriendo al condenado para que lo efectúe en el acto; y de no realizarlo, se procederá a hacerla efectiva por la vía de apremio conforme a las disposiciones que seguidamente se establecen." De lo enunciado en dicho artículo se infiere que si en el propio acto de requerimiento se logra que el deudor cumpla con la obligación, por consiguiente se extingue la misma. De no efectuar el deudor el pago inmediato se procederá al embargo de los bienes que el acreedor haya señalado previamente, o que señale en el acto mismo de la diligencia, en proporción que se estime suficiente para garantizar el pago de dicha cantidad y las demás de que estuviere obligado el deudor a responder tal como anuncia el artículo 476.

[50] *Vid.,* Marcheco Rey, Blanca, *Los títulos … cit.,*, pág. 101


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 149-198

Es importante analizar el contenido del artículo 477 que gira en relación a que si la condena se refiere al pago de alimentos u otras prestaciones periódicas, se procederá a darle cumplimiento directamente mediante embargo, en forma que cubra las vencidas y las que vayan venciendo. Advierten Dujarrit Hart y Díaz Tenrreiro[51], que el artículo que ahora analizamos, por tratar de una cuestión tan importante como resulta ser el alimento, omite el requerimiento, dando paso directamente al embargo, cuya práctica más representativa recae en los asuntos de índole familiar, sin que sean estos los únicos que adquieran tal categoría, habida cuenta que en procesos civiles, como por ejemplo en la indemnización de daños y perjuicios que se hayan causado a determinada persona en su integridad personal, este precepto resulta de entera aplicación.

Por su parte, el artículo 478 de nuestra ley de trámites civiles se refiere a las sentencias que contuvieren condena a entregar algún bien, a hacer o no hacer, estableciendo además que se procederá a darles cumplimiento mediante el empleo de los medios que expresa el mismo artículo, referidos en el primer inciso al supuesto de que cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que la obtuvo a su favor, algún bien inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión del mismo, practicando a ese fin las diligencias conducentes que solicite el interesado; y a su vez, el párrafo segundo del propio precepto establece: "… *lo mismo se practicará si el bien fuere mueble o semoviente y pudiere ser habido".* Es el acreedor el único facultado para solicitar las diligencias que estime indispensables para llevar a efecto la obtención de su crédito, entre las que, está el auxilio de la fuerza pública a los efectos de garantizar la entrega del bien o bienes de que se trate[52].

En su inciso dos, el artículo 478 preceptúa que en las sentencias de hacer se requerirá al condenado a realizar, en el plazo prudencial que el tribunal señale, lo que la ejecutoria haya dispuesto; y hace la salvedad de que cuando ello deba ser cumplido por

[51] Dujarrit Hart, Rafael y Carlos Manuel Díaz Tenrreiro, *Ejecución de las sentencias*, en Revista del Tribunal Supremo Popular, 2006, pág. 63, versión digital.

[52] *Vid.*, Dujarrit Hart, Rafael y Carlos Manuel Díaz Tenrreiro, *Ejecución … cit.,* pág. 63-64

un tercero, el propio órgano jurisdiccional determinará quién deberá cumplirla, apuntando además que en otro caso, se acordará lo necesario para verificarlo, siendo posible por cuenta del condenado. El tercero de los incisos del mencionado artículo, dispone para las sentencias de no hacer, que el requerimiento se hará para que el condenado se abstenga, adoptándose las medidas que procedan a ese objeto, o reponiendo los bienes al estado anterior a su costa. Por último señala el inciso 4, que cuando resulte imposible el cumplimiento de la ejecutoria del modo expuesto en los apartados que anteceden, la condena se convertirá en la indemnización de daños y perjuicios que se liquidarán y harán efectivos por el procedimiento que regula el Artículo 479[53].

De modo que la imposibilidad de ejecución de una sentencia se traduce en responsabilidad civil, que consiste en la indemnización de daños y perjuicios, debiéndose fijar claramente hasta dónde llega el daño, y cuánto abarca el perjuicio, a los efectos de no irrogar un perjuicio indebido al condenado, habida cuenta que, como se explicó inicialmente, ello significa entrar en su esfera económica. Por nuestra parte, y sabiendo que el precepto comentado resulta de obligatorio cumplimiento tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional, se sostiene el criterio, que el legislador debería facultar a los jueces para dictar medidas que estimularán al deudor recalcitrante a cumplir el deber que primeramente le impone el ordenamiento jurídico y luego, el fallo judicial dictado en armonía con ese mandato legislativo, ejemplo efectivo de ello es la utilización en esta vía de las astreintes.

En las legislaciones procesales modernas se encuentran autorizados los jueces para decretar multas e incluso detención, dentro de límites preestablecidos respecto del deudor empeñado en el incumplimiento de la condena judicial de dar, hacer o no hacer; y, en ese

[53] Artículo 479. cuando las cantidades a pagar sean ilíquidas o deban abonarse daños y perjuicios no liquidados en la ejecutoria, el que la haya obtenido a su favor presentará, al solicitar la ejecución, liquidación de aquellas o relación valorada de estos.

mismo sentido, se faculta a los jueces a aplicar medidas de apremio a las partes para hacer cumplir sus resoluciones, entre las que están comprendidas la multa, el auxilio de la fuerza pública, la fractura de cerraduras si fuere necesario, el cateo por orden escrita y el arresto hasta por quince días, mecanismos que por cuestiones objetivas y otras no encuentran expresión en nuestro ordenamiento ni sustantivo ni procesal. No obstante, nuestra investigación se encamina a sistematizar los presupuestos teóricos doctrinales de algunos de estos mecanismos para desde la correspondiente óptica de regulación, como encuentran este espacio en el Código Civil cubano la excepción de cumplimiento de contrato (regulada en el artículo 306) o la sanción pecuniaria (regulada en el artículo 268) o posible inserción, en el caso de las astreintes - y que fundamentalmente y con carácter novedoso sean estas una herramienta de compulsión de los jueces tal y cual han sido analizados sus fundamentos- y con su aplicación lograr un perfeccionamiento de dichas normas y una mayor efectividad en el reforzamiento ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos traslativos del dominio.

El Título II del propio Libro Tercero "De los títulos de crédito que generan ejecución" regula todo lo concerniente a esta institución dándole un tratamiento unitario a todos los títulos que llevan aparejada ejecución, así el Artículo 486 define cuales son los títulos que tienen fuerza ejecutiva, y que a su vez tienen que ser líquidos, vencidos y exigibles, entre los que se regulan: los testimonios de escrituras públicas expedidos con arreglo a la ley, siendo extensiva la aplicación de estos ante casos de procesos que vinculen la ejecución de obligaciones incumplidas derivadas de los contratos traslativos del dominio como la compraventa, la permuta y la donación; los documentos privados cuyo reconocimiento o el de su firma se pida y obtenga en diligencia previa a la ejecución, de acuerdo con el artículo 487; la confesión de la deuda en diligencia previa a la ejecución. A este efecto, no serán útiles el reconocimiento de documento o firma ni la confesión prestada o que se haya obtenido o conste de cualquier modo en otro proceso; los cheques y los pagarés, nominativos o a la orden, y las letras de cambio con sus correspondientes protestos, sin necesidad de reconocimiento del librador, aceptante, avalista o endosante, siempre que no hubiere opuesto tacha de falsedad

de la firma o de la aceptación en sus respectivos casos, al tiempo del protesto o de la notificación del mismo, a las demás personas obligadas al pago; los propios documentos, aunque sólo contra el librador del cheque, el emisor del pagaré o el aceptante de la letra, aún sin el protesto, mediante reconocimiento a que se contrae el apartado 2) de este artículo. El resto del articulado que va desde el artículo 487 al 498 corresponde a la tramitación de estos títulos

Destaca Marcheco Rey, que en el proceso de ejecución de estos títulos contractuales, a diferencia de lo que ocurre con la ejecución de sentencias, la ley posibilita el establecimiento de una mínima actividad de conocimiento. O sea, mientras que en la ejecución de sentencias, el tribunal ejecutor está impedido del mas mínimo conocimiento, pues se entiende que dicha actividad ya ha sido realizada por un órgano precedente, en la ejecución de títulos contractuales, la ley permite que el tribunal pueda ejecutar una actividad de conocimiento, solo que dicha actividad está limitada a la alegación por parte del deudor de alguna de las excepciones que recoge el articulo 495. Lo anterior quiere decir, que no se puede oponer a la ejecución ningún obstáculo, que no sea alguna de las excepciones que expresamente están recogidas en el mencionado artículo.

No obstante a lo anterior, refiere que se hace necesario dar un tratamiento unitario a todos los títulos que llevan aparejada ejecución, pero dejando para el proceso económico a los cheques, pagarés y letras de cambio, para lo cual se hace necesario reformular el artículo 473, en el sentido de incorporar, además de la sentencia firme y la transacción aprobada judicialmente a los títulos regulados en el artículo 486. Respecto al contenido del *supra* citado artículo 486, los distintos títulos de créditos que aparecen en el mismo, son poco usados en la práctica, según criterios de expertos consultados, pues procesalmente se prefiere acudir a la vía del proceso contencioso, es decir, ordinario o sumario, para formar el título por el juez, para luego solicitar la ejecución forzosa de ese titulo judicial si el deudor no cumple voluntariamente la obligación impuesta en dicho título[54]. En lo que respecta a las Escrituras Públicas, existe unanimidad en el criterio de que este título de crédito es poco usado por las per-

[54] *Vid.,* MARCHECO REY, Blanca, *Los títulos … cit.,*, pp. 113-115

sonas para declaraciones de voluntad contenidas en ella, de las que resulte la asunción o el reconocimiento de deudas líquidas y los pocos instrumentos que se otorgan no se llevan a ejecución por la vía del título ejecutivo, sino que se va al proceso ordinario o sumario, se presenta la escritura como prueba documental para que el juez, con arreglo a ella dicte sentencia reconociendo la deuda y esta sirva, entonces, como título ejecutivo. No se reconocen deudas ante notario por lo difícil que a veces se torna acudir a las notarías. Es importante destacar, al los efectos de la presente investigación, que en el proceso de ejecución de estos títulos contractuales, a diferencia de lo que ocurre con la ejecución de sentencias, la ley posibilita el establecimiento de una mínima actividad de conocimiento. O sea, mientras que en la ejecución de sentencias, el tribunal ejecutor está impedido del mas mínimo conocimiento, pues se entiende que dicha actividad ya ha sido realizada por un órgano precedente, en la ejecución de títulos contractuales, la ley permite que el tribunal pueda ejecutar una actividad de conocimiento, solo que dicha actividad está limitada a la alegación por parte del deudor de alguna de las excepciones que recoge el articulo 495. Lo anterior quiere decir que no se puede oponer a la ejecución ningún otro obstáculo, cualquiera que este sea, que no sea alguna de las excepciones que expresamente están recogidas en el mencionado articulo[55].

Los criterios en relación a lo regulado en los artículos anteriormente citados en la ley de trámites fueron corroborados empleando la técnica de criterios de expertos. Para su aplicación se escogieron 12 especialistas con experiencia sobre la base de que todos han trabajado de manera directa con el empleo de los artículos antes citados de la ley de trámites civiles y por tanto con la ejecución de las obligaciones de aquellos contratos que se constituyeron por escritura pública. Del total de esos especialistas seis son jueces y seis son abogados.

Como **impactos de esta investigación** se tiene lo siguiente:

**1- Resultados científico-jurídicos**:

**a)** Aportar una sistematización doctrinal, histórica y comparada, de los elementos, características

[55] *Idem.*

y fundamentos de la ejecución forzosa de las obligaciones desde el Derecho Civil.

**b)** Lograr una caracterización doctrinal y comparada de los elementos de existencia, validez y efectos jurídicos de los contratos formales traslativos de dominio y la ejecución forzosa de las obligaciones dimanantes de la compraventa, permuta y donación.

**c)** Diagnosticar las insuficiencias presentes en las normas jurídicas sustantivas y procesales reguladoras de la ejecución forzosa de las obligaciones y sus mecanismos ejecutivos para el régimen de los contratos formales de compraventa, permuta y donación.

**Impacto científico**

**d)** Aportar los presupuestos teóricos que permitan la configuración de los mecanismos sustantivos y de compulsión procesal de la ejecución forzosa de las obligaciones, y su efectiva aplicación a los contratos formales traslativos de dominio en el Derecho cubano, para con ello elaborar un conjunto de recomendaciones encaminadas al perfeccionamiento normativo de la institución en el ordenamiento jurídico cubano.

2- **Impacto docente-metodológico**: Material bibliográfico acorde a la doctrina científica y tendencia internacional más modernas, para soportar el estudio de las instituciones teórico-sustantivas y de procedimiento referidas en el resultado científico-jurídico.

3- **Impacto social**: Efectividad en la regulación y aplicación de los mecanismos garantistas en el cumplimiento de las obligaciones que se reviertan en la satisfacción de los ciudadanos que frecuentemente concurren a formalizar contratos traslativos de dominio como la compraventa, la permuta y la donación.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 149-198

Posible impacto económico de la investigación: Puede apreciarse en tres dimensiones. (A) Se tendrá como un paliativo de las afectaciones patrimoniales de las personales naturales vinculadas a este tipo de negocios al contarse con herramientas efectivas que permitan compeler al deudor al cumplimiento. (B) Se puede percibir que las medidas resultantes del redimensionamiento legislativo para compeler al deudor incumplidor podrán agredir directamente al patrimonio de este. (C) Se observan las limitaciones pertinentes al ejercicio del derecho de propiedad personal regulado en el artículo 21 de la Constitución de la República.

4- **Impacto político**: Este será una consecuencia lógica de la asimilación o no de las medidas coercitivas para el logro del cumplimiento a costa del patrimonio del deudor (materializándose el binomio beneficio-perjuicio), lo cual sin dudas deberá ser coadyuvado por el establecimiento de una política de concientización de los ciudadanos para cuando se encuentren en la situación de poder del acreedor dentro de la relación jurídica negocial.

## Conclusiones

**PRIMERA:** La ejecución forzosa de las obligaciones configura como categoría encaminada a asegurar en sede judicial el cumplimiento de lo debido ante presupuestos de incumplimiento de prestaciones de dar, hacer o no hacer que han tenido como consecuencia la insatisfacción de un acreedor. Comprende la adopción de medidas de coacción tendentes a obrar en el ánimo del obligado para inducirlo a cumplir la ley, ejecución indirecta o psicológica, o la adopción de medidas de subrogación.

**SEGUNDA:** La categoría cumplimiento forzoso requiere del otorgamiento de la permisibilidad normativa sustantiva, que a partir de ella induzca al ejercicio de la acción procesal en la jurisdicción cor-

respondiente y requiere de la voluntad del acreedor o acreedores, para acudir a demandar su interés o intereses, aquel o aquellos que han sido lesionados, con independencia de que pueda obtenerse en la persona del deudor un cumplimiento forzoso en especie o cuya naturaleza y condiciones sea la obtención del equivalente por indemnización por daños y perjuicios. La ejecución forzosa es medio y el cumplimiento forzoso es fin.

**TERCERA:** Si el deudor no cumple espontáneamente, la ley pone a disposición del acreedor medios de compulsión para obligarlo a cumplir, los que se encaminan a lograr el pago específico o *in natura* de lo debido y sólo cuando ello no fuera posible o cuando lo prefiriese el acreedor, se encaminará a sustituir el pago por la indemnización de daños y perjuicios. Dentro de dichos mecanismos pueden verificarse efectivamente la sanción pecuniaria, la indemnización por daños y perjuicios, las astreintes y como herramienta de oposición del demandado por el contrato incumplido, la *exceptio non adimpletis contractus*.

**CUARTA**: Las obligaciones principales derivadas de los contratos traslativos de dominio cuya ejecución forzosa puede pretenderse, consisten fundamentalmente, en las derivadas de la obligación de dar, el pago del precio cierto y el cumplimiento de las formalidades en la concertación del contrato. Precisamente de cumplirse la formalidad de escritura pública, se garantiza la entrega de la cosa, la acreditación del título de dominio, y el mecanismo de compulsión ejecutivo de las obligaciones que emanan del contrato que subyace en ella.

**QUINTA:** El Código Civil cubano legitima y concentra las normas sobre el incumplimiento de las obligaciones, fijando en estas, mecanismos de ejecución de acuerdo a los tipos de prestación, así como ordena los restantes mecanismos sustantivos necesarios para la ejecución forzosa; uno, la sanción pecuniaria con vistas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones, y otro, la excepción de contrato no cumplido dentro de las causas extintivas; apreciándose en sus reglas jurídicas, solo la función liquidadora no así la función sancionadora de la primera, y la dependencia de la


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 149-198

segunda de los efectos jurídicos de la resolución por incumplimiento, lo que obstaculiza a los contratantes formar las bases sustantivas para la ejecución forzosa de las obligaciones incumplidas en el régimen de contratos de compraventa, permuta y donación constituidos sustancial o solemnemente.

**SEXTA**: La norma procesal civil cubana, aunque regula los mecanismos de compulsión para la ejecución de las sentencias de prestaciones de dar, hacer o no hacer, la indemnización de daños, y reconoce además, a la escritura pública como título de crédito ejecutivo de los de naturaleza negocial, estos no son lo suficientes y eficaces para constreñir verdaderamente al deudor al cumplimiento de su obligación principal y para que el pago tome como base, en contratos formales, un recíproco y previo cumplimiento de la parte acreedora, especialmente enfocado en los contratos de compraventa, permuta y donación.

**SÉPTIMA**: Dentro de los presupuestos teóricos que pueden encontrar expresión formal en la configuración de mecanismos sustantivos y procesales de la ejecución forzosa de las obligaciones, se tiene:

- la concepción de la garantía de sanción pecuniaria, como una verdadera cláusula penal con función sancionadora y no solo liquidadora,
- la necesaria independencia que debe lograr, por naturaleza, la excepción de contrato no cumplido, *non adimpleti contractus*, para el logro de su fin, el cumplimiento recíproco, y que además, sea la norma procesal el cauce de su aplicación.
- A modo de presupuesto de orden procesal, la ordenación de astreintes como verdadero medio de compulsión por el peligro material que representa para la persona del deudor incumplidor.
- La aplicación directa de estos mecanismos de ejecución forzosa, sin previa actividad de conocimiento, a las obligaciones incumplidas de contratos formales traslativos del dominio, compraventa, permuta y donación, siempre que el proceso de ejecución de estos títulos contractuales no implique la desnaturalización del bien objeto de la prestación ni un perjuicio más del debido a la persona del deudor.

**Recomendaciones**

1. **A la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular que propicie mediante su actividad:**

- El perfeccionamiento de los mecanismos de ejecución forzosa de las obligaciones, se materializa a partir del fortalecimiento de sus presupuestos configurativos expuestos en este trabajo en congruencia con investigaciones anteriores.
- Un segundo camino para el perfeccionamiento de los mecanismos de la ejecución forzosa de las obligaciones, es la solución al problema de la insuficiencia regulativa del basamento normativo de sus mecanismos sustantivos en el vigente Código Civil para ordenar la función sancionadora de la cláusula penal o sanción pecuniaria, la excepción *non adimpleti contractus* como principio de cumplimiento recíproco y las reglas para la cuantificación de los daños y perjuicios en la exigencia de indemnización ante la inejecución de las prestaciones.
- Y el logro de la integración del régimen de los mecanismos de la ejecución en el cauce procesal, con la aplicación de astreintes por el juez al deudor incumplidor, fijándose su modo de operatividad, la cuota a aplicar conforme al principio de equidad, y la concepción de la excepción *non adimpleti contractus* como presupuesto garante de la oposición del demandado.

2. **A la Facultad de Derecho de la Universidad de Granma, haciendolo extensivo al resto de las facultades y departamentos de derecho:**

- Que por la actualidad del tema y el contenido teórico-jurídico de la presente investigación se incorpore como un referente bibliográfico de las asignaturas Derecho de Obligaciones, Derecho de Contratos y Derecho Procesal Civil, y que atendiendo a los resultados de la misma y la problemática que se aborda, igualmente sea incorporada y trabajada en cursos de superación profesional.

**Bibliografía**
**Fuentes Doctrinales:**


- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, Curso de Derecho Civil, Tomo III De las Obligaciones, Redactado y puesto al día por ANTONIO VODANOVIC H. Editorial Nascimento, Chile.
- BASCUR RETAMAL, Gonzalo, "Enfoque Multidisciplinario del Negocio Jurídico", Apuntes de Derecho Civil, Chile, 2010.
- BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Abeledo-Perrot, 1998.
- BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Contratos, Tomo II, Abeledo-Perrot ,1998.
- CHIOVENDA, José, Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Reus S.A., Madrid, España, 1922.
- DELGADO VERGARA, Teresa, Una aproximación a la ineficacia de la permuta de viviendas por la existencia de vicios ocultos. Ponencia presentada en la Segunda Jornada Internacional de Derecho de Contratos, La Habana, 2003.
- Diccionario Jurídico Enciclopédico, Consultor Jurídico Digital de Honduras Diccionario Jurídico Edición 2005.
- DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I, Introducción Teoría del Contrato, 5a Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON BALLESTEROS, Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Sexta Edición 1989, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992.
- DUJARRIC HART, Rafael y Carlos Manuel DÍAZ TENRREIRO, Ejecución de las sentencias, en Revista del Tribunal Supremo Popular, 2006, versión digital.
- FERNÁNDEZ PADRÓN Zenia y Marta FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, El documento público notarial. Su acceso al Registro de la Propiedad Inmueble, en El Derecho Notarial, Texto Básico, Pérez Gallardo Leonardo B. y Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro (Coordinadores), versión computarizada.
- FONT, Miguel Ángel, Programa Desarrollado de la Materia Procesal Civil y Comercial Guía de Estudio, Editorial Estudio S.A., Buenos Aires, Argentina, 2003.

- GALIANO MARITAN, Grisel, Jesenia MARTÍNEZ OLIVA y Yanet FUMERO QUIÑONE, La donación. Consideraciones teóricas doctrinales en torno a su contenido. Artículo presentado en la IX Conferencia Internacional de Derecho de Contratos. La Habana- Cuba 2010.
- GHERSI, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo I. 4a Edición Actualizada y Ampliada. Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1998.
- HINESTROSA, Fernando, Modalidades del Incumplimiento Contractual, Conferencia para la VI Jornada Internacional de Derecho de Contratos, La Habana, 24-26 enero 2007, Versión Digital.
- LEDESMA MARTÍNEZ, María J, Las obligaciones de hacer, Editorial Comares, Granada, 1999.
- LEÓN BARANDARIAN, José, Tratado de Derecho Civil, 8 Tomos, Comentarios actualizados del código civil de 1936 al código de 1984, Versión Editada por Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernándo J., Teoría de los contratos, Tomo I, Parte General, Editor ZAVALIA, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1997.
- LLAMBIAS, Jorge A., Patricio RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT, Manual de Derecho Civil-Obligaciones, Undécima edición, obra adaptada a los programas de enseñanza en las Universidades Nacionales y Privadas, Perrot, Buenos Aires, 1997.
- MARCHECO REY, Blanca, Tesis Doctoral, Los títulos de crédito que generan ejecución. Reflexiones doctrinales y procesales, Santiago de Cuba, 2008.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge A. y Miguel A. PIEDECASAS, Código Civil Comentado, Responsabilidad Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
- Ojeda Rodríguez, Nancy de la C. y Teresa Delgado Vergara, Teoría General de las Obligaciones, Comentarios al Código Civil Cubano, Edición Computarizada, La Habana, Cuba, 2000.
- O´CALLAGHAN, Xavier, Incumplimiento de las Obligaciones

en Compendio de Derecho Civil, Tomo 2 Obligaciones y Contratos, Vol.1, a consultar en http://vlex.com/vid/215131

- PALACIOS, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, 17a edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.), et. al., *La compraventa como paradigma contractual*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012.
- POTHIER, Robert Joseph, Tratado de las obligaciones, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Invierno del 2002-2003.
- SADA CONTRERAS, Carlos Enrique, *Apuntes Elementales de Derecho Procesal Civil*, Ciudad Universitaria de Nuevo León, México, Nuevo León, 2000.
- SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., Introducción al Derecho Mexicano, Derecho Civil, Dirección general de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. y Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, Código Civil Comentado, Obligaciones Tomo I, artículos 495-651, Rubinzal-Culzoni Editores de Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires.
- VIDAL OLIVARES, Alvaro, Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 34 No.1, 2007.
- WALKER MERINO, Sebastián, Manual de Derecho Civil, Tomo I, Santiago de Chile, 2009.

**Fuentes Legales:**

- Constitución de la República de Cuba, promulgada el 24 de febrero de 1976.
- Código Civil de Argentina, promulgado el 25 de septiembre de 1869.
- Código Civil de España, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- Código Civil de Chile, vigente desde el 1 de enero de 1857, actualizado al año 2000.
- Código Civil de México, promulgado el 30 de agosto de 1928.

- Código Civil de Bolivia, promulgado el 6 de agosto de 1975.
- Código Civil cubano, Ley No. 59 de fecha 16 de julio de 1987.
- Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, promulgado el 18 de Agosto de 1981.
- Codigo Federal de Procedimientos Civiles de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de febrero de 1943, Ultima reforma aplicada 29/05/2000.
- Ley No. 7, de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, promulgada el 19 de agosto de 1977.
- Ley No. 50, de las Notarías Estatales, de fecha 28 de diciembre de 1984.
- Ley No. 82, de los Tribunales Populares, de fecha 11 de julio de 1997
- .Decreto-Ley No. 288 de fecha 28 de octubre de 2011, Modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988 "Ley General de la Vivienda", publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.35 de fecha 2 de noviembre de 2011.
- Decreto-Ley No. 233 de fecha 2 de julio de 2003, Modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988 "Ley General de la Vivienda".
- Decreto No. 292 de fecha 20 de septiembre de 2012, "Regulaciones para la transmisión de la propiedad de vehículos de motor", publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 31 de 27 de septiembre de 2012.

**Sitios Web consultados:**

- http://vlex.com en fecha 30 de enero de 2013
- http://www.forodelderecho.blogcindario.com, en fecha 4 de marzo de 2013
- www.juridicas.com en fecha 5 de abril de 2013
- www.eumed.net en fecha 4 de marzo de 2013
- www.monografias.com en fecha 21 de marzo de 2013

# EL ABOGADO DEL SIGLO XXI
# CREACIÓN DE UNA ORIENTACIÓN EN SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Ana María Bargiela
Abogada - Mediadora - Conciliadora - Arbitro
Docente Universitaria

**RESUMEN**

El abogado no debe egresar de la Universidad preparado para una única solución, el litigio judicial, frente a los conflictos de sus clientes, sino que debe estar capacitado para aconsejarlos respecto a los métodos más apropiados según el caso y para ello, debe tener formación en Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos hacia los que avanza el mundo decididamente en la actualidad.
Resulta hoy impensable la práctica profesional de un abogado que no sepa desenvolverse en Negociación, Mediación, Conciliación y Arbitraje. Se piensa por ello en la reformulación del Plan de Estudios, creando una Orientación en Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

**PALABRAS CLAVE.**
Abogado. Negociación, Mediación, Conciliación, Arbitraje
Lawyer, Negociation, Mediation, Conciliation, Arbitration

**SUMARIO:**

I.- Introducción.
II.- Fundamentación desde la organización curricular.
III.- Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.
IV.- Una propuesta de Plan de Estudios:
1.- La Educación Legal.
2.- Métodos de Enseñanza.
3.- Aplicación de los Métodos Alternativos en Argentina: Mediación. Conciliación Laboral. Tribunales Arbitrales de Consumo. Servicio Federal de Mediación y Arbitraje. Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo.
V.- Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos - Su implementación en el Plan de Estudios.
VI.- Conclusión.- Bibliografía.

## 1 - Introducción

A partir de una reflexión sobre la capacitación de los educandos en la Carrera de Abogacía, se llevó a cabo un análisis sobre las dificultades que exhibían en posgrado los alumnos abogados respecto a la comprensión de los *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*, lo que permitió determinar que el origen del problema estaba en la formación que traían dichos profesionales desde la carrera de grado.

La revisión de los planes de estudio de dicha carrera en distintas Universidades de nuestro país posibilitó arribar a la conclusión que, de ellas se egresaba con muy poca capacitación al respecto porque, el estudio de estos Métodos estaba meramente relegado a un capítulo dentro de la asignatura *Derecho Procesal* y en algunos casos, los mismos estaban contemplados dentro de una materia individualizada como *optativa* y no, como obligatoria.

En mérito a lo señalado, se entiende pertinente proponer una reformulación del *Plan de Estudios* de la carrera de grado de Abogacía creando, entre las distintas orientaciones que existen en varias universidades, una *nueva orientación que contemple específicamente estos Métodos* hacia los que avanza el mundo decididamente en la actualidad.

Es hoy impensable la práctica profesional de un abogado que no sepa desenvolverse en el ámbito de la *Negociación, de la Mediación, de la Conciliación y del Arbitraje,* ello, sin perjuicio de los demás Métodos aplicables.

A su vez, es también indispensable que un abogado no egrese preparado para una única solución, *el litigio judicial,* frente a los conflictos de su cliente, sino que debe estar capacitado para aconsejarlo respecto al que resulte más apropiado según el mérito de la cuestión.

Distintas normas legales que se citarán, expresan por sí mismas la incumbencia de los abogados para actuar como Mediadores, Conciliadores y Árbitros, pero además evidencian que, aún sin actuar en esos roles, dichos profesionales deberán estar formados en los Métodos Alternativos mencionados para el debido ejercicio de su profesión.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

**2 - Fundamentación desde la organizacion curricular**

El análisis de cada una de las áreas temáticas que configuran la Docencia Universitaria hace que se evalúen enfoques metodológicos y teóricos propios del campo pedagógico del nivel superior.
El estudio de *"DISEÑO Y ORGANIZACION CURRICULAR"* y de la noción de *CURRÍCULO,* al que se ve como *el camino real* y *concreto con que la institución educativa efectiviza el proceso de enseñanza - aprendizaje,* resulta de fundamental importancia; recorrido éste que a su vez nos conduce a la interpretación del documento *"Plan de Estudios"*.
En efecto, cuando las diversas concepciones curriculares proponen una metodología para la elaboración de planes de estudio tienden a diferenciar por una parte, los fundamentos para dicha elaboración y por la otra, la manera instrumental de llevarla a cabo, teniendo en cuenta para ello "como seleccionar actividades con mayores probabilidades para alcanzar estos fines". (Ver Lafourcade, P. (1982): *Planeamiento, conducción y evaluación de la enseñanza superior*, Kapelusz, Buenos Aires )
Por ello, la observación de los requerimientos de un mercado ocupacional o de una práctica profesional, puede dar elementos para la construcción de un plan, sin descuidar los requisitos de formación teórica que un campo disciplinario demanda.
No debe olvidarse que la formación conceptual o teórica constituye la esencia misma de la universidad.- Esta formación crea la posibilidad a mediano plazo de un pensamiento original y creativo, es decir, la producción de conocimientos en un ámbito disciplinario específico.- Si bien esta producción conceptual no se da en el corto plazo, éste es un elemento fundamental en la definición de los objetivos de la universidad.
Ahora bien, a partir de los desarrollos de la teoría curricular, las instituciones universitarias buscan adecuar los contenidos de sus planes de estudio a demandas que se originan en el análisis de tareas para ocupar un lugar en el desempeño de una labor profesional. Siguiendo a Elliot W. Eisner (*"Los objetivos educativos: ¿ayuda o estorbo?"* Universidad de Stanford, Chicago, 1966), los objetivos educativos necesitan ser claramente especificados, por tres razones, primero, porque proponen las metas hacia las que se dirige el cur-

rículo; segundo, porque una vez establecidos claramente, facilitan la selección y organización del contenido y tercero, porque una vez especificados en términos de comportamiento y contenido, hacen posible evaluar los resultados del currículo.

De manera coherente con el criterio antes expuesto, sostiene Díaz Barriga, A. (en *Ensayos sobre la problemática curricular*", Méjico, 1996) que no podemos malgastar el tiempo enseñando aquello que tuvo validez hace cincuenta años.

En igual sentido, Hilda Taba ( *Elaboración del currículo*, Editorial Troquel, Buenos Aires 1976) considera que el "análisis de la cultura y la sociedad brinda una guía para determinar los principales objetivos de la educación, para la selección del contenido y para decidir sobre qué habrá de insistirse en las actividades del aprendizaje".

Esta autora estima que para realizar un juicio ordenado que permita la toma de decisiones en relación a la cuestión planteada se debe realizar un diagnóstico de necesidades, una formulación de objetivos, una selección y organización de actividades de aprendizaje y una determinación de lo que se va a evaluar y de las maneras de hacerlo.

Así, frente al interrogante planteado respecto al porqué de una *orientación,* corresponde señalar que la currícula cerrada del modelo de enseñanza tradicional se abrió hacia nuevos requerimientos a partir de la segunda guerra mundial, cuando se intensificó el estudio del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos, sin modificar los planes de estudio originarios pero admitiendo cursos y seminarios optativos.

Nacieron entonces en la Universidad de Harvard las *orientaciones y especializaciones,* generándose un modelo de currícula más flexible que mejora la formación del abogado.

Sostiene Manning, Bayles (*La enseñanza jurídica norteamericana. Evolución y cambios: tres modelos,* en "*Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho"* editorial Universidad Autónoma de México, México - DF, 1995) que se ha " forzado a la escuela de derecho a abandonar el antiguo y cerrado currículum obligatorio a través del cual los alumnos debían marchar" sustituyéndolo por un currículum mixto en el cual el estudiante tiene la posibilidad de elección, mostrándole el ambiente del mundo en el cual la ley opera.

Agrega este autor que, hay muchas clases de carreras para muchas clases de hombres que han estudiado derecho.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

La casa del derecho tiene infinitos salones, en algunos de esos salones los hombres del derecho estarán haciendo leyes, en otras estarán litigando, en otras negociando, en otras aconsejando, en otras sirviendo como ejecutivos y funcionarios, por lo que, a los estudiantes se le ofrecen muchas alternativas, no unas pocas.

En lo que respecta a Europa, Osvaldo A. Gozaíni (*La enseñanza del Derecho en Argentina,* editorial Ediar, Buenos Aires 2001*)* sostiene que sin diferenciar universidades en particular se observa cierta consistencia en el modelo de enseñar derecho, añadiendo a modo de síntesis que se advierte una progresiva comprensión acerca de que el abogado no sólo defiende derechos e intereses de otros; esto es, que "el litigante puro es una figura típica pero con profundas modificaciones en ese perfil tradicional".

En Argentina, la distancia entre el Estado y la Universidad, el ejercicio profesional, la investigación o la empresa hace que resulte muy difícil acercar los intereses entre las partes involucradas.

En lo que hace a los planes de estudio de la carrera de Abogacía en nuestro país, existe en las universidades una falta de formación respecto a los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

Por ello, reproduciendo la terminología de Hilda Taba antes citada, se evidencia como una necesidad impostergable la capacitación propuesta y la organización del aprendizaje que permita, en términos de competencia, obtener el perfil de egresado a que aspira la institución.

Es a partir de lo expuesto que, a pesar de ser los alumnos Abogados, resulta difícil asentar los nuevos conocimientos sobre estos métodos porque carecen de una formación previa en la carrera de grado, por lo que es imprescindible, siguiendo a AUSUBEL,"*Educational Psychology, a cognitive view",* tender *"verdaderos puentes cognitivos"* a estos fines.

También desde la propia práctica de la profesión como *Mediadora, como Conciliadora y como Arbitro,* se ha podido evaluar en más de una oportunidad un deficiente desenvolvimiento de los profesionales del Derecho actuando como Abogados de parte, por no estar preparados y desconocer dichos métodos alternativos, lo que los torna muchas veces inseguros y vulnerables frente a otro profesional que sí los conozca, ello además del grave riesgo para el cliente y la posible responsabilidad para el profesional frente a su indebida actuación.

En atención a lo expuesto, se cree adecuado pensar en una reformulación del *Plan de Estudios* en la carrera de *Abogacía* que permita conducir a quienes egresen hacia una adecuada participación en los escenarios previsibles para el siglo XXI.
El dilema para los abogados, en atención a la evolución que muestran actualmente los *Métodos Alternativos*, será prepararse en el manejo de estas nuevas herramientas o quedar excluidos del asesoramiento profesional.
Así, la modificación propuesta, conlleva un cambio de paradigma para la resolución más eficiente de los conflictos que permitirá pasar de la *"confrontación a la persuasión"*.
La conceptualización de estos instrumentos apropiados para el ejercicio de la Abogacía Moderna, resulta pertinente para fundamentar este trabajo.

**3 - Métodos alternativos de resolucion de conflictos**

Los *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*, son aquéllos que ofrecen una "alternativa" a la solución tradicional que estuvo siempre basada en considerar a la otra parte como adversario y en dirimir dicho conflicto en la justicia.
El hombre, el ciudadano reclama un sistema eficiente y ágil para la resolución de sus conflictos e indudablemente la justicia tradicional con su excesivo formalismo, con los rituales que consagran los Códigos de Procedimientos, hace que muchas veces pueda perderse el objetivo del proceso que es conocer la verdad de los hechos y en función de ello, determinar los derechos de las partes involucradas.
La formación pleitista de los abogados hace que se promuevan juicios que pudieron ser evitados, con el consiguiente dispendio de tiempo y dinero, lo que además torna ineficiente el servicio de prestación de justicia.
Para afrontar esta crisis de la justicia, la que es de público conocimiento, es menester buscar nuevas formas de solución de conflictos.
Los Métodos Alternativos**,** sean éstos *autocompositivos como la Negociación, la Mediación y la Conciliación o heterocompositivos como el Arbitraje*, sin menoscabar la jurisdicción judicial, tienden a


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

descongestionar los tribunales y aportan soluciones a los conflictos de manera rápida y eficiente.
La *Negociación* aparece entonces, como un medio adecuado para la resolución de conflictos ya que, implica un proceso de comunicación *directa entre las partes* con el propósito de arribar a un acuerdo, las que conservan durante su transcurso el control de dicho proceso.
Fracasada la negociación directa entre las partes, debe pensarse en otros métodos para que las mismas vuelvan a sentarse a la mesa para retomar el diálogo interrumpido, lo que se puede lograr a través de la intervención de un tercero, confiable, imparcial, para llevar a las partes a un acuerdo concertado, logrado por las mismas en condiciones de autodeterminación.
Este método puede definirse como *Mediación* si el tercero no tiene la facultad para proponer los términos del acuerdo y, como *Conciliación* si efectivamente posee la facultad de proponer fórmulas conciliatorias, con las demás características que hacen a este instituto.
En ambos casos las partes conservan el control del proceso y pueden abandonarlo si lo desean, ya sea para mantenerlo latente o para llevarlo a *Arbitraje o a la resolución judicial.*
El interrogante que se plantea es entonces de que manera desarrollar el potencial creativo y de formación de los estudiantes de Derecho, para tratar de llevarlos de la teoría a la práctica y a partir de ésta a la investigación científica de los *Métodos RAD*, creando un ámbito reflexivo que permita la resignificación del conocimiento, para que accedan a una *ORIENTACIÓN EN SISTEMAS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS.*

## 4 - Una propuesta de plan de estudios

### *1.- La Educación Legal*

La educación jurídica tradicional está basada en las concepciones teóricas acerca del Derecho y su conocimiento científico, por lo que se forma un tipo de abogado que solo está preparado, como ya se ha dicho anteriormente, para el litigio ante los tribunales .
Básicamente estos presupuestos consisten en que:
a) La Universidad puede y debe enseñar todo el Derecho Positivo del país durante el tiempo que dura la carrera.

b) El Derecho está formado solamente por las normas jurídicas.
c) La Universidad tiene que formar un tipo uniforme de abogado: el abogado preparado para litigar ante los tribunales
Vemos entonces que la formación universitaria que se brinda en las Universidades está pensada para un abogado que basa su tarea en la investigación del sentido lógico de las normas vigentes, tratando de elaborar cual podrá ser la interpretación que de esas mismas normas hará el juez.
Conforme a este criterio seleccionará las normas cuya aplicación resulte más favorable a los intereses de su cliente, tratando de llevar al juez al convencimiento de que en base a los preceptos indicados, la razón asiste a su parte.
La *enseñanza tradicional* pone así el acento, en la transmisión de conceptos abstractos y teóricos provenientes de normas sustantivas para el análisis de la naturaleza jurídica de los institutos, de la jurisprudencia y de la doctrina.
Al respecto, Lidia B. Hernández en su artículo " *LA AUTOCRÍTICA: UN PUNTO DE PARTIDA PARA MEJORAR LA ENSEÑANZA DEL DERECHO*", *Revista La Ley*, 1985-A-872, sostiene que: "la teorización es tan excesiva que nos manejamos en un alto nivel de abstracción, transformando el derecho en una operación con fórmulas algebraicas, olvidando el análisis de problemas reales.- En todo caso, ofrecemos solamente conocimientos sumarios de la realidad por falta de tiempo y nos olvidamos del alumno, el que se transforma en un pasivo receptor de conceptos sin posibilidad de comprender su significado ni aplicación práctica".
En el mismo sentido, corresponde destacar el profundo trabajo de investigación sobre educación legal en Argentina que llevara a cabo oportunamente el "*Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia" ("La educación legal y la formación de abogados en Argentina"* Editorial La Ley, segunda edición - 1988)
A partir del mismo, como diagnóstico de la situación se evidenciaron las siguientes falencias:
- Indefinición y falta de claridad respecto de los objetivos de la enseñanza del Derecho, no se percibe si la intención es formar juristas teóricos u operadores prácticos del Derecho.
- Inadecuación de los métodos de enseñanza respecto de la ciencia que pretende transmitirse - el Derecho- y la profesión cuyo título

se otorga - la abogacía-: los métodos pasivos, sin la participación de los alumnos ni el debate abierto de las ideas, no contribuyéndose a educar ni juristas ni abogados, los que - por definición - requieren una formación no dogmática, que enseñe a pensar.-
- Contenidos enciclopedistas: los planes de estudio son ambiciosos y extensos, lo que los convierte en programas más informativos que formativos.
- Se brinda mucha información pero no se enseña a utilizarla; se concentran en las normas y en la doctrina, dedicando poca atención a los hechos y a los valores.
- Falta de entrenamiento en las habilidades que el ejercicio de la abogacía requiere: se enseñan materias legales con un concepto de acumulación de conocimientos, pero no se enseña la abogacía ni se explica en qué consiste.
- Inadecuación del sistema de exámenes: en general los exámenes procuran indagar la retención memorística de la información, sin evaluar la aptitud de seleccionarla y apreciar su utilidad práctica.-
- Falta de medios y capacitación pedagógica de los docentes: mayoritariamente los profesores no cuentan con medios técnicos ni formativos adecuados, lo que en muchos casos es suplido con una gran vocación.
- Exceso de alumnos: las Universidades públicas en general están excedidas en su capacidad formativa, al recibir más alumnos de los que su estructura puede resistir.- Esto a su vez impide la utilización de técnicas pedagógicas participativas y refuerza la tendencia de masificar la enseñanza, proporcionando información a través de "clases magistrales".

2.- *Métodos de Enseñanza*

A partir de estos enunciados se sugiere trabajar sobre *Objetivos, Contenidos, Métodos de Enseñanza y Evaluación y Recursos Humanos.*
En relación a *Objetivos*, se estima que resultaría necesario definir objetivos menos ambiciosos pero posibles, teniendo en cuenta la cantidad de alumnos a preparar y lo que se quiere lograr con ello. Respecto a los *Contenidos*, éstos deberían guardar relación con los objetivos, adecuarse a la realidad, incorporando ejercitaciones y contenidos más prácticos, cambiando la forma en que se enseña el Derecho, abarcando su triple dimensión, normas, hechos y valores.

En lo que hace a los *Métodos de Enseñanza y Evaluación*, deben propiciarse métodos de enseñanza más activos que reconozcan al estudiante como partícipe del proceso de enseñanza - aprendizaje y que tiendan a experimentar, compartir y aplicar conceptos e ideas, dado que la formación integral de un abogado solo puede lograrse a través de una combinación de elementos clínicos, teóricos y doctrinales, utilizando métodos modernos.

En atención a lo antes expuesto, el examen debe consistir en una evaluación de la capacidad de asimilación de los conceptos teóricos y de su aplicación.

Finalmente, en relación a los *Recursos Humanos* sería necesario rever los sistemas de selección de profesores, teniendo en cuenta también la mejora de sus remuneraciones para revalorizar la figura de los docentes y posibilitar el ejercicio "*full time*" de la docencia universitaria.

En síntesis, se observa que el ejercicio de la abogacía precisa de la habilidad para el ejercicio de las tareas legales específicas, requiere también de la capacidad analítica del profesional, de su conocimiento del Derecho y de los valores éticos para la aplicación de esos conocimientos.

Consecuente con este criterio, la mayoría de nuestras Facultades de Derecho ha formado abogados conocedores de nuestro Derecho Positivo, entrenados en la aplicación de las normas y en el procedimiento judicial exclusivamente.

Ello ha traído como consecuencia que aún hoy en día existan profesionales del Derecho con una fuerte resistencia hacia los *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos,* basada principalmente en el desconocimiento y falta de práctica y experiencia para con ellos.

Algunos abogados tienen tal vez una idea superficial al respecto, por lo que no les resultan confiables ni se sienten seguros en su implementación.

Muchos profesionales consideran a la Mediación como una mera dilación y a los laudos arbitrales como menos válidos que una sentencia judicial, por lo que continúan pensando que la única solución posible para los conflictos de sus clientes está dada por el litigio judicial.

Sin lugar a dudas esta situación debe cambiar por lo que, la enseñanza universitaria de los *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos* resulta impostergable, a fin de que los abogados que


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

egresen no queden relegados del mercado actual.
Además, en un contexto mundial en continua transformación, la globalización y los cambios producidos por las nuevas tecnologías informáticas hacen que los mercados, antes considerados como un punto de encuentro en un lugar físico, se transformen en un punto de encuentro en un lugar de la red, sin importar que los contratantes se hallen incluso en distintos continentes.
Estos nuevos escenarios para el comercio internacional, han hecho que se piense también en *métodos distintos a los tradicionales* para resolver las controversias que pudieran presentarse entre las partes involucradas.
*El arbitraje,* viene entonces a suministrar una herramienta de indudable valor y utilidad, al cual se está recurriendo cada vez con mayor frecuencia en el ámbito internacional.- La rapidez, la mayor economía y la mayor informalidad unida a la especialización del árbitro, han sido factores que han influido decididamente al respecto.
Cabe así destacar la importancia que tiene para las partes el evitar someter el caso a tribunales extranjeros, con procedimientos que pueden resultarles desconocidos, ello sin perjuicio de la posible desconfianza que pudiere generarse cuando los jueces fueren los locales de alguna de ellas.
Dentro de este esquema y en atención a la complejidad de las cuestiones antes enunciadas, se advierte en el arbitraje una inclinación a favor del *Arbitraje de Derecho.*
La *Ley Modelo de las Naciones Unidas (UNCITRAL 1985 )* en su artículo 28 apartado 3º señala que, el *tribunal arbitral decidirá "ex aequo et bono" o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.*
En igual sentido, el *Reglamento Modelo de Arbitraje Comercial Internacional para las Instituciones Arbitrales del Mercosur, Bolivia y Chile,* suscripto por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2000, dispone en su artículo 2 que, por disposición de las partes, el arbitraje podrá ser de derecho o de equidad." *En ausencia de disposición será de derecho*".
A su vez, el *Régimen de Conciliación y Arbitraje del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires,* aprobado por el Consejo Directivo en 1998 establece en su artículo 47 que el *laudo será fundado en derecho.*

Resulta procedente aclarar que, los *Árbitros en el Arbitraje de Derecho deben ser Abogados,* pues deben laudar aplicando normas del derecho positivo, por lo que la función está incluida dentro de las incumbencias de dicha profesión.
La doctrina es además pacífica al respecto toda vez que existe similitud en la forma de resolver del árbitro y del juez dado que ambos deben basar su decisión en el derecho positivo de fondo, observando además las normas procesales pertinentes.
Lo expuesto no resulta un obstáculo para que los *Árbitros Amigables Componedores*, quienes fallan según su leal saber y entender o, según la vieja fórmula "*a verdad sabida y a buena fe guardada*" sean también Abogados pues, si bien dichos árbitros pueden apartarse de rígidas formas procesales y de normas de fondo en el sustento del laudo, esa informalidad no es ilimitada pues deben respetarse ciertos principios elementales tales como, la garantía de la defensa en juicio, que importa el derecho a ser oído y a producir prueba y el derecho a una decisión justa.
Ahora bien, como señala el Dr. Cueto Rúa, el abogado que ha recibido una formación universitaria enciclopedista y pleitista, tiene internalizada la práctica tribunalicia y es probable que no tenga demasiado interés en pasar de un sistema conocido y ejercitado a otro del que sólo tiene una vaga referencia teórica.- (Ver Cueto Rúa, Julio César: *"El arbitraje y los abogados " Revista Jurisprudencia Argentina*, 1991 - I- 945)
La concepción tradicional del Derecho, seguida en la mayoría de los centros universitarios, ubica en el primer plano al ordenamiento jurídico, concebido como un sistema coherente de normas presuponiendo que las leyes otorgan una base adecuada para la protección de los habitantes. Por ello, cuando se habla de mejorar el Derecho, se tiende a pensar solo en modificar las normas escritas, relegando a un plano secundario las conductas de los operadores, jueces y abogados.
Es indudable que en el caso en examen modificar la actitud y aptitud de los abogados resulta de fundamental importancia a fin de generar un cambio de conducta en esos operadores del sistema, lo que incidirá en el mejoramiento del mismo.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

*3.- Aplicación de los Métodos Alternativos en Argentina Mediación*
En atención a la multiplicidad de conflictos existentes y a las situaciones de violencia social que imperan en nuestros días, la mediación ha venido a dar respuesta a estas necesidades de la sociedad. En efecto, la sobrecarga de los tribunales fue tornando imposible la prestación eficiente del servicio de justicia.- Además, el crecimiento demográfico, el aumento de la circulación de bienes y servicios y la existencia de nuevas necesidades sociales han generado un aumento de la conflictividad, superando las estructuras que el Estado tenía previstas para proporcionar una adecuada respuesta.
Se fue pensando entonces en formas alternativas que permitieran buscar su administración fuera del proceso tradicional, propiciándose asimismo un cambio de mentalidad que lleve a evitar no el "uso" sino el "abuso" del proceso judicial, viendo al mismo no como el "primero" sino como el "último" recurso disponible para resolver disputas entre las partes involucradas.
Así, desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 24573 de Mediación y Conciliación en abril de 1996, durante el primer año de la puesta en práctica de la mediación las estadísticas mostraron el éxito de este instituto poniendo también en evidencia, la posibilidad cierta y seria de descomprimir en el tiempo el exceso de causas que se tramitan en los juzgados.
A partir de estadísticas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, del 100% de causas sorteadas en 1996 en la Ciudad de Buenos Aires, en la Cámara Nacional en lo Civil, un 33 % se solucionó en Mediación, un 33 % fue a la justicia y el porcentaje restante no inició acción alguna tal vez por haberse tratado de meras aventuras jurídicas pero, lo cierto es que este método significó un descongestionamiento para la justicia del 66 % de las causas en su primer año, porcentaje éste que se ha mejorado en los años sucesivos.
Ahora bien, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 24.573 antes citada, para ser *MEDIADOR* según los términos del artículo 16 de este ordenamiento legal *"será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida .."*
La Ley 24.573 fue derogada y en la actualidad rige el proceso de Mediación y Conciliación la Ley N° 26.589, que legisla sobre mediación, contemplándola como prejudicial y obligatoria pero, "sine

die", no como ocurría en la legislación anterior que un principio rigió por un término de cinco años y fue sucesivamente prorrogada por distintas normas legales. En este texto, conforme a lo dispuesto en su artículo 11 incisos a) y b), también el mediador debe ser "*abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula y acreditar la capacitación que exija la reglamentación".*

*Conciliación Laboral*

Teniendo también en cuenta la cantidad de conflictos laborales existentes, uno de los fundamentos del Proyecto de Ley para justificar la creación de esta instancia, fue la de "aligerar notablemente el caudal de litigios ante dicho fuero, cuya cantidad ha superado a la estructura judicial e implementar un trámite rápido, sencillo y abreviado para la defensa de los derechos del trabajador".

Por ello, el 10 de abril de 1996 se sancionó la Ley Nº 24.635, *Ley de Conciliación Laboral de Instancia Obligatoria,* estableciendo la misma que "Los reclamos individuales y pluri-individuales que versen sobre conflictos de derecho de la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, serán dirimidos con carácter obligatorio y previo a la demanda judicial, ante el organismo administrativo creado por el artículo 4º de esta ley, el que dependerá del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

El artículo 4º mencionado, dispone la creación del Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (*SECLO*) dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a su vez, el artículo 6º de dicho ordenamiento en su parte pertinente, dice que: *"Para ser conciliador se requerirá poseer título de abogado..."*

Cabe destacar que este procedimiento, exitoso por cierto, permitió también descomprimir la cantidad de causas en trámite ante los Tribunales Laborales.

*Tribunales Arbitrales de Consumo*

Creados por el Decreto 276 /98 , los mismos constituyen también un *mecanismo alternativo de resolución de conflictos*, habiendo sido instituidos con el objetivo de recomponer las relaciones deterioradas entre los proveedores de bienes y servicios y los usuarios o consumidores.

En ellos se dirimen sus diferencias, con efectos similares a los de


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

la Justicia pero, en forma ágil y rápida pues el laudo emitido por el Tribunal tiene autoridad de cosa juzgada, por lo que las partes conservan como único medio de impugnación, la acción de nulidad o el recurso de nulidad, en los supuestos de arbitraje de derecho.
Dichos tribunales, cuya competencia está dada por las relaciones de consumo definidas por la Ley Nº 24.240, de Defensa del Consumidor, se conforman con un árbitro institucional, un árbitro representante de las asociaciones de consumidores y un tercer árbitro representante de las cámaras empresariales, lo que preserva el equilibrio entre las partes.
Cuando los conflictos que se planteen ante los Tribunales Arbitrales de Consumo tengan un monto inferior a los QUINIENTOS PESOS, conforme a lo dispuesto por el artículo 30 de la Resolución 212 /98, intervendrá en dichos casos un árbitro único, el que será sorteado por la autoridad de aplicación del Registro de Árbitros Institucionales.
El Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo que funciona actualmente en la órbita de la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Producción, administra el Registro de Árbitros Sectoriales e Institucionales, habiéndose establecido en la Resolución 212 / 98 antes citada, ( de la Ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería) las condiciones que tendrán que reunir quienes actúen como *árbitros de los tribunales***,** los que deberán contar con un título profesional y *poseer especialización en resolución alternativa de conflictos,* entre las demás pautas a tener en cuenta.

*Servicio Federal de Mediación y Arbitraje*

Por su parte, también en el ámbito de las relaciones laborales, a partir del artículo 13 de la Ley Nº 25.250 se crea el *Servicio Federal de Mediación y Arbitraje,* entre cuyas funciones se encuentran los mecanismos de facilitación que permitan desarrollar la cooperación entre empleadores y trabajadores en las negociaciones colectivas.
Dicho servicio contará con un cuerpo de "*...Mediadores, que serán elegidos a través de un proceso de selección entre personas con especial conocimiento y versación en la RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS... "(*Art. 9 del Decreto Reglamentario).
A su vez, el texto legal citado precedentemente en su artículo 16 dispone que, *"El Servicio Federal de Mediación y Arbitraje contará*

*con un listado de .... ÁRBITROS, los que deberán ser ABOGADOS con especial conocimiento y formación en la materia..."*

*Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo*

A partir de la sanción el 17 /9/2014, de la Ley N° 26.993, se crea el Servicio de Conciliación previa en las Relaciones de Consumo. El mismo conforme al Art 1°, intervendrá en los reclamos de derechos individuales de los consumidores o usuarios que versen sobre conflictos en las relaciones de Consumo, cuyo monto no exceda de un valor equivalente al de cincuenta y cinco Salarios Mínimos, Vitales y Móviles ( aproximadamente $ 260.000 ).

Por dicha norma se crea el Registro Nacional de Conciliadores en las Relaciones de Consumo. Los Conciliadores deben estar inscriptos en el Registro de Mediadores establecidos por la Ley N° 26589, acreditar la capacitación que en la materia dictará la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas juntamente con la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y superar una instancia final de evaluación.

Cabe recordar, como ya se ha dicho, que los Conciliadores, al estar inscriptos como mediadores, deben por lo tanto ser *abogados de profesión*.

Lo expuesto, en relación a los distintos ámbitos de aplicación de los Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos, es indudablemente una mera enunciación no taxativa, toda vez que la práctica diaria de los mismos excede los presupuestos mencionados.

El abogado que se adecue a esta realidad, correrá con grandes ventajas respecto al abogado tradicional, ya que estará capacitado para ofrecer algo más que un juicio. Si la demanda de la sociedad se intensifica, el que se quede en el tiempo y persista en la creencia de que litigar es el único modo de defender los derechos de su cliente, comenzará a perder no solo su imagen, sino clientela. (Ver Padilla, Roberto E. y Caivano, Roque J. "*Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes" Revista La Ley*, 1994- E -885 y, Padilla, Roberto E. *" El abogado como gestor de conflictos: hacia una función clínica en el asesoramiento profesional" . Revista Doctrina Judicial*, 8 de mayo de 1996).

Por ello, en atención a la inserción laboral que corresponde a los abogados en estos nuevos campos de acción, se entiende que debe


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

capacitarse a los futuros profesionales en los Métodos Alternativos, no solamente para actuar como Mediadores, Conciliadores o Árbitros, sino también para actuar como letrados de las partes, para lo que deberán conocer acabadamente dichos institutos.

**5 - Los métodos alternativos de resolucion de conflictos - Su implementación en el plan de estudios**

En mérito a las exigencias del mundo contemporáneo que transita un camino de grandes y profundos cambios, las Universidades que se precien de tener una tecnología educativa de avanzada, una visión universalista de los fenómenos sociales en curso y una ética humanística, deberán definirse como aptas para preparar a los profesionales que jugarán un rol protagónico en el futuro inmediato.
Respecto a la *Carrera de Abogacía,* las casas de altos estudios deberán partir del concepto que para formar un buen abogado, es esencial que la teoría se integre con una práctica profesional intensiva desde el primer momento de la misma, incorporando en esa praxis de casos reales, los valores éticos, humanísticos y sociales con que deberá desempeñarse un hombre de la justicia.
A su vez, los objetivos terminales del plan de estudios deben estar dirigidos a un profesional que dotado de una capacitación de primer nivel, esté en condiciones de actuar en la *resolución de los problemas que se le planteen, tanto en las situaciones de conflicto y las de consultoría preventiva, como en el asesoramiento a empresas y organismos públicos.*
En el mismo sentido, se piensa también en un profesional que incorpore los conocimientos y habilidades para poder actuar exitosamente en el campo del Derecho en cualquiera de sus especialidades.
Es justamente a partir de estas premisas que si se piensa en un abogado formado en la excelencia, debería introducirse en el plan de estudios mencionado, el conocimiento de los diferentes *Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos,* hacia donde avanza el mundo decididamente en la actualidad.
Es por ello y sin perjuicio de las referencias a estos métodos que podrían estar incluidas en las materias "*Derecho Procesal I y II"* y en alguna asignatura optativa, que indudablemente resultaría imprescindible para que los alumnos con algún mínimo conocimiento

al respecto puedan optar luego por la Orientación que se propone, que la formación actualizada de los profesionales que nos ocupan, luego de cursar la capacitación con asignaturas troncales, tendría que prever una *NUEVA ORIENTACIÓN, la de MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS*, que debería estar basada en las siguientes asignaturas, a saber:

*1 - TEORÍA GENERAL DEL CONFLICTO*
*2 - NEGOCIACIÓN Y TEORIA DE LA DECISION*
*3 - MEDIACIÓN y OTROS METODOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS*
*4 - CONCILIACIÓN y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO LABORAL*
*5 - CONCILIACION EN LAS RELACIONES DE CONSUMO*
*6 - ARBITRAJE*
*7 - ÉTICA*
*8 - PRÁCTICA PROFESIONAL*

El enfoque didáctico debería desarrollarse sobre los objetivos, contenidos, métodos de enseñanza y evaluación que posibiliten implementar dicho aprendizaje, proponiéndose la indagación sobre la acción en dicho contexto.

Se fomentará la iniciativa y la creatividad induciendo a los alumnos a co-pensar cooperativamente, teniendo siempre presente que "*el aprendizaje no es solo la asimilación de información, sino la posibilidad de usarla, transformarla y recrearla, motorizando así la búsqueda constante de nuevos aprendizajes*".( María Cristina Davini: *Modelos y Opciones Pedagógicas,* Buenos Aires, 1995 )

En lo que respecta a la *evaluación,* dicho proceso se integrará con la evaluación *formativa y sumativa.*

Para la *evaluación formativa*, la modalidad de trabajo permitirá un seguimiento de los participantes en función de las intervenciones y participaciones durante los cursos, teniéndose también en cuenta a estos fines, la apropiación por parte de los alumnos de los conocimientos teóricos y de su desenvolvimiento ante las prácticas.-

A su vez, en relación a la *evaluación sumativa*, los cursantes elaborarán un trabajo escrito monográfico sobre un tema dado, para cada una de las asignaturas, el que deberá ser entregado individualmente. A esto se agregará un examen final.

Además, se deberá considerar la conveniencia de la enseñanza grupal, pues *se observa que el alumno aprende más cuando lo hace en dicho contexto (* Ver Ana María Fernández: " *El campo grupal - Notas para*


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

*una genealogía* ", Editorial Nueva Visión, Buenos Aires , 1999 ).
En efecto, según la autora antes citada, el trabajo en grupo ofrece a sus miembros la posibilidad de aprender a pensar y actuar junto con otros, de modo que, el grupo deviene espacio propicio para un aprendizaje activo en el que el alumno es tanto receptor como productor de información.
Por ello, existiendo una institución convocante, un espacio y un tiempo común, una meta, un objetivo, significaciones compartidas y expectativas mutuas, esta dimensión con sentido de temporalidad, de proceso, de trayectoria hace surgir una co-construcción, una auto-organización entre sus miembros, lo que les brinda a su vez, un alto grado de cohesión e integración que permite un aprendizaje exitoso, con una aproximación al saber y un proceso de reflexión desde lo individual y grupal.
En tal contexto, el docente actuará como facilitador del saber y de la comunicación, motivándose la realimentación de la teoría con la práctica, resultando de vital importancia la fundamentación científica que sustenta a esta última.
Así, entre las estrategias de enseñanza, la *Práctica Profesional* permite articular la teoría con las herramientas que la aplican, sin embargo las Facultades de Derecho suelen confundir práctica profesional con el asesoramiento para el acceso a la justicia o con litigar en tribunales, sin consideración para el desenvolvimiento del futuro profesional en el ámbito de estos métodos.
Por ello, si bien en cada una de las asignaturas que comprenden la Orientación propuesta se deberá trabajar con hechos simulados y con dramatizaciones, la ventaja más importante de la Práctica Profesional será permitir llevar a cabo este aprendizaje sobre situaciones reales, confrontando lo cotidiano con las capacidades y habilidades obtenidas durante el curso de la carrera.
Se piensa por ello en el ámbito de un Consultorio Jurídico Especializado, a fin de impartir los conocimientos prácticos vinculados a esta Orientación a través de los distintos roles que cubre el abogado, en los que a modo de un *Tribunal Multipuertas*, el alumno observará cuando un caso es apto para la solución judicial y cuando debe llevarse el mismo al ámbito de los distintos Métodos de Resolución de Conflictos propuestos.
Cuando las Universidades no tengan instalaciones propias a estos

fines, podrán celebrar convenios con Colegios de Abogados o entidades intermedias que les sirvan de apoyo en esta labor, lo que posibilitará poner al alumno en contacto con los procesos reales.
Asimismo, la enseñanza práctica del Derecho obliga a informar debidamente los *principios éticos* de la vida profesional, contenidos éstos que no pueden ser pospuestos.- En efecto, en la medida en que no se produzcan cambios precisos en orden a la formación deontológica del profesional, cada vez resultará más notoria la inconducta profesional, por ello se entiende como indispensable impartir dicha enseñanza durante la carrera de grado, resultando éste ser el mejor momento al hallarse el futuro abogado sobre el tramo final de su carrera, cuando ya se vislumbra su inserción en el mundo del trabajo y las obligaciones que tendrá para con la sociedad.

**6 - Conclusión**

El *XII CONGRESO DE LA UNIÓN INTERAMERICANA DE COLEGIOS Y AGRUPACIONES DE ABOGADOS,* celebrado en Madrid en mayo de 1996, arribó a conclusiones que avalan lo expresado precedentemente pues, respecto a las perspectivas de la abogacía se estableció que:
*"...1º.- La función del abogado es insustituible en la prevención y solución de los conflictos humanos y sociales...*
*2º.- Para desarrollar con dignidad y eficacia esta función el abogado debe estar suficientemente capacitado profesionalmente.- Para ello, deben incorporarse a los planes de estudio aquellas disciplinas que permitan comprender la evolución del mundo, con especial acento en materias tales como....SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS...*
*3º ...El Mercado Laboral hace imprescindibles esos nuevos conocimientos"*
Es necesario pensar en nuevas generaciones de profesionales capacitados en reducir el costo de resolver conflictos, preparados para pensar creativamente sobre las diversas formas de encarar la resolución de los mismos, conociendo diferentes mecanismos y aprendiendo a diseñar nuevos, que ayuden a obtener mejores resultados.
A partir de lo expuesto surgirá en el futuro profesional un cambio de mentalidad, la transformación de la cultura adversarial tradicional en una nueva cultura negociadora, mediadora, conciliadora y


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

flexible en la que el abogado tendrá un rol fundamental: ofrecer nuevos servicios y métodos más eficientes para la solución de los problemas de sus clientes.

**Bibliografia**

1.- Ausubel, D.: *Educational Psychology, a cognitive view,* New York, Holt, Rincart and Winston, 1968.
2.- Bargiela, Ana María: Conflicto y mediación.- *Revista Cadefip (Cámara de Depósitos Fiscales Privados ) Año 2, número 8, 1996.- Buenos Aires, Argentina*
*3.-* Bargiela, Ana María: Negociación, *Revista Cadefip (Cámara de Depósitos Fiscales Privados) Año 2, número 12, 1996.Buenos Aires, Argentina*
*4.-* Bargiela, Ana María: Un breve panorama del instituto de la mediación en dos provincias argentinas.- *Revista de Derecho del Mercosur,* Editorial La Ley, nº 4, agosto de 1999- *Buenos Aires, Argentina*
5.- Bargiela, Ana María: La Mediación en la empresa.- *Resolución Alternativa de Conflictos, Volumen 2, Dirección Etcheverry, Raúl y Highton, Elena I. págs. 503 y siguientes, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010*
*6.-* Bargiela, Ana María - Burs, María Inés, "*Mediación en Argentina" Compendio y Análisis de Legislación Nacional y de las Provincias.* Ediciones del País, Buenos Aires, 2012
7.- Caivano, Roque *"Los medios alternativos de resolución de controversias y la formación profesional de los abogados"*, *Revista La Ley*, 1995 - D - 1052
8.- Caivano, Roque J. : " *Arbitraje, solución para los conflictos de consumidores*", *Revista La Ley,* 1996 - A - 1370.
9.- Cirigliano, L.E. , Gosende, M.E.: *Conciliación Laboral. Análisis y aplicación práctica de la Ley 24.635 de instancia obligatoria previa de conciliación laboral y su reglamentación.-* Editorial Adhoc, Buenos Aires.
10.- Cueto Rúa, Julio César: " *El arbitraje y los abogados*" *Jurisprudencia Argentina,* 1991 - I- 945.
11.- Davini, María Cristina. : *Modelos y Opciones Pedagógicas*, Buenos Aires, 1995.

12.- Díaz Barriga, A : *Ensayos sobre la problemática curricular,* Méjico, 1996.
13.. Eisner, Elliot W.: *Los objetivos educativos: ¿ayuda o estorbo?,* Universidad de Stanford, Chicago, EE.UU. 1996
14.- Entelman, Remo F. : *Teoría de Conflictos - Hacia un nuevo paradigma.-* Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2002
15.- Fernández; Ana María. : *El campo grupal. Notas para una genealogía.* Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, 1999.
16.- Foro de Estudios sobre Administración de Justicia. " *La educación legal y la formación de abogados en Argentina"* , Editorial *La Ley*, segunda edición, 1988.
17.- Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana: *Mediación una transformación en la cultura.-* Editorial Paidós, Argentina
18.- Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *La enseñanza del Derecho en Argentina.-* Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001.-
20.- Hérnandez, Lidia B. " *La autocrítica: un punto de partida para mejorar la enseñanza del Derecho".- Revista La Ley*, Buenos Aires, 1985- A 872,
21.- Lafourcade, P.: *Planeamiento, conducción y evaluación de la enseñanza superior,* Kapelusz, Buenos Aires. 1982
22.- Manning, Bayles: *La enseñanza jurídica norteamericana. Evolución y cambios: tres modelos,* en "Antología de estudios sobre enseñanza del derecho", Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.
23.- Padilla, Roberto E. "*El abogado como gestor de conflictos: hacia una función clínica en el asesoramiento profesional"*, *Revista Doctrina Judicial*, 8 de mayo de 1996.-
24.- Padilla, Roberto E. y Caivano, Roque J. : "*Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes"*, *Revista La Ley*, 1994 - E - 885
25.- Taba, Hilda: *"Elaboración del curriculo".* Editorial Troquel, Buenos Aires, 1976
26.- Normas Legales:
- Ley Nº 24.573, publicada en *Boletín Oficial* 17- 10- 1995.-
- Ley Nº 24.635, publicada en *Boletín Oficial* 3- 5- 96.
- Decreto 276 / 98, firmado el 11 de marzo de 1998 *Boletín Oficial,* 13 / 3 / 98.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 199-221

- Resolución 212 / 98 de la Ex - Secretaría de Industria, Comercio y Minería, *Boletín Oficial* 31 / 3 / 98
- Decreto Reglamentario de la Ley nº 25.250, *Boletín Oficial* 26 / 4 / 2000.
- Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional.- Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.-
- Ley N° 26.993, Publicada en el Boletín Oficial el 19-9-2014,

# EL USO DE LAS INFOTECNOLOGIAS PARA DESARROLLAR EL CAPITAL HUMANO

Joao Merchán
Profesor Unidad Académica de Ciencias Técnicas.
Universidad Estatal del Sur de Manabí.
Ecuador.
Email: oaounesum@yahoo.es

Karina Mero
Profesor Unidad Académica de Ciencias Técnicas.
Universidad Estatal del Sur de Manabí.
Ecuador.
Email: oaounesum@yahoo.es

Alcides Antúnez Sánchez
Máster en Derecho de la Empresa, Profesor Auxiliar.
Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Granma,
República de Cuba.
Email: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu

**Resumen**:

La aplicación efectiva de la Gestión del Conocimiento, como un factor generador de ventaja competitiva en las organizaciones, donde hoy demandan el incremento de una cultura organizacional en el mundo contemporáneo, el éxito y la eficiencia del desempeño de las organizaciones, cualesquiera sean sus objeto social, procesos, productos o servicios, dependen en gran medida del correcto empleo de sus recursos humanos, informativos y tecnológicos, así como del conocimiento que posee su capital humano y su capacidad de gestión. Es verdad, que el objetivo propuesto por estos autores demuestran el impacto de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en las Universidades en el nuevo papel de los docentes y de su desempeño como facilitadores del aprendizaje en los educandos a través en los diferentes escenarios a través del uso de las TIC's, inevitables para la investigación académica y su desarrollo a futuro. Para ello, utilizamos como métodos científicos como el de análisis y síntesis, histórico-lógico, inducción-deducción.

**Palabras llaves**: infotecnologias, gestión del conocimiento, formas de gestión.

## A modo de introducción

La historia devela que fue el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, quien saca adelante un proyecto denominado ARPA, cuyo objetivo era la construcción de un sistema de comunicación entre computadoras altamente flexibles y dinámico, que permitiera con ello utilizar cualquier tipo de medio y tecnología de transmisión y que siguiera funcionando incluso ante la eventualidad de la destrucción de algunas de sus partes de la red.

Es así que para 1969 del pasado siglo, como consecuencia del proyecto ARPA nace la red ARPANET, interconectando 4 grandes computadoras ubicados en distintas localizaciones. La década de los 70, trae la red ARPANET, la que creció lentamente y a la vez sirvió como un banco de datos para la investigación y el desarrollo.

También en este proyecto se empezó a utilizar en el protocolo TCP/IP, como necesidad de establecer un protocolo de comunicaciones estándar, casi al mismo tiempo empezó a desarrollarse el UNIX, por lo que TCP/IP se convirtió casi en sinónimo de UNIX.

En la década de los 80, ya la red ARPANET contaba con unas 100 computadoras, apareció entonces el "*Usenet news system*", como un servicio de información y foro de debate de la Internet. Con la adopción oficial del TCP/IP como protocolo estándar, como la interconexión entre ARPANET, MILNET (red militar en USA) y CSNET (red científica). Considerado por autores contrastados como el momento histórico del nacimiento de la Internet a escala global. (Vallejos, 2000)

En todo este *íter*, el nacimiento de la red NSFnet (National Science Fundation), con el objetivo de facilitar a toda la comunidad científica americana y a cinco grandes centros de supercomputación la interconexión de datos. Es así, que la NSF, ante los impedimentos burocráticos para usar la red ARPANET, decide crear una red propia que acabaría convirtiéndose en la auténtica espina dorsal de la Internet, donde dado su carácter abierto, la NSF desencadenó una explosión de conexiones, sobre todo por parte de las universidades.

Como continuidad, en la década de los 1990, se aprecia la creación de la ISOC (Internet Society) con el fin de promocionar la Internet como solución universal para la comunicación de datos.

La misma hace su debut en el *gopher de Internet* en la Universidad

de Minnesota, al aparecer el servicio de información WWW (World Wide Web) en el CERN de Suiza y se inicia así el proceso de privatización de los troncos principales de la red Internet en los Estados Unidos de América y con ello aparecen un número importante de proveedores de Internet en España.

Es también un hecho, que con el surgimiento de la Internet, permitió marcar un hito en el desarrollo de la sociedad y a las tecnologías de la información, para 1996 se reconoció como una profesión enmarcada en las denominadas Ciencias de la Información, y con ello la del Infotecnológo como parte de la evolución de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Es una realidad, que con los avances tecnológicos a escala mundial que hoy acontecen en el siglo XXI, el uso y la aplicabilidad de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC´s) están propiciando cambios importantes en diversos sectores de la sociedad para su desarrollo a futuro en las formas de gestión, de la que es parte la Educación Superior por ser el ente formador del capital humano que interactúa en este escenario; resultan también palpable que la utilización de las herramientas tecnológicas en el proceso docente educativo y el crecimiento en el desarrollo científico y tecnológico han estimulado un vertiginoso aumento en la producción de conocimientos, cuya transmisión adquiere cada vez mayor importancia en el mundo actual, factores estos que han determinado la aparición de nuevos desempeños y escenarios para los centros educativos.

Para Duart y Sangrá (2000) el uso de las TIC´s en los espacios universitarios, permite el desarrollo de tres elementos a quienes lo utilizan, con mayor flexibilidad e interactividad; vinculación con los docentes y el resto del alumnado, permitiendo mayor colaboración y participación; y facilidad para acceder a los materiales de estudio y a otras fuentes complementarias de información.

Por otra parte, Cabero y Llorente (2005) reseñaron que el uso de las tecnologías en los centros educativos favorece en los educandos los medios para la adquisición de las destrezas tecnológicas que se requieren en la actual sociedad de la información y del conocimiento, también han notificado que se amplía el acceso al aprendizaje, se mejorará la calidad de la enseñanza y se aprecia el desarrollo y expansión de algunas tecnologías en este sector.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 222-238

Para Delgado y Solano (2009) los Entornos Virtuales de Aprendizaje (EVA), permiten una flexibilización de las estructuras docentes, propiciando nuevas concepciones en el aprendizaje en la que los cursistas, tienen un papel más activo y protagónico y al mismo tiempo trabajan de forma colaborativa; por otro lado los docentes asumen el papel de facilitadores y deben encontrar nuevas estrategias que permitan mantener activos a los participantes cuando estos se encuentren en distintos sitios, promoviendo la construcción de conocimientos y la colaboración.

Flores (2012) también describió que las tecnologías han favoreciendo una serie de cambios y transformaciones en las formas en que se desarrollan los procesos formativos. Precisamente, una de las estas herramientas son los EVA que constituyen un escenario óptimo para promover espacios que integran diversas herramientas a través de los ordenadores conectados a la red, permitiendo la realización de los procesos de enseñanza y aprendizaje en un ambiente pedagógico y metodológico específico.

Autores como Soler, Antúnez, Mercado y Ramírez (2015) significan que en la actualidad, las universidades deben promover experiencias innovadoras en las actividades de postgrados apoyadas en el uso de las tecnologías contrarias al modelo tradicional que por muchos siglos ha sido implementado, lo que ha permitido demostrar el énfasis que debe hacerse en la docencia, en los cambios de estrategias didácticas de los profesores, en los sistemas de comunicación y distribución de los materiales de aprendizaje, en lugar de enfatizar la disponibilidad y las potencialidades de las tecnologías. Se ha notificado que los docentes son los actores que mayores cambios pueden generar en los centros educativos. Por otra parte, en las universidades se están desarrollando programas virtuales en acciones de pregrado y postgrado.

Análisis estos que permitirán adentrarnos en las infotecnologías y su incidencia en la formación del capital humano que a través de la relación jurídica laboral vinculada a las formas de gestión y su desarrollo empresarial en los entornos virtuales.

**Las infotecnologias, aplicabilidad en la formación del capital humano**

A finales del siglo pasado (Sebastià, 1996) identificaba a las tecnologías de la información como "*…un nuevo perfil y una nueva nomenclatura…*" y a su vez propuso, para designar a la formación de los profesionales y de los usuarios de la información, el término: infotecnologias. Pero no es hasta el año 2001 cuando se consolida el desarrollo tecnológico, integrándose con todas las esferas de la sociedad.

Es una realidad, que en este año se fija como el inicio de la nueva Internet, conocida también como la Web 2.0, que tiene como premisa tecnológica el soporte de la Red Universal Digital (RUD), aunque algunos autores prefieran la denominación de Nuevo Entorno Tecnosocial (NET) el cual conforma la nueva versión de Internet: "*Este Nuevo Entorno supondría una singular novedad en la breve pero acelerada historia de la Era de la Información, a la que se ha llegado, al menos parcialmente, gracias a un proceso de evolución sociedad-tecnología o infotecnologias*".

Es decir, la infotecnologias ya no son sólo un nuevo perfil o disciplina, sino que también son parte de la "*cultura tecnológica*", donde se entiende por cultura como un conjunto de "*conocimientos y habilidades prácticas*" de los individuos, los cuales son indispensables para mantener relaciones exitosas con el nuevo entorno y con otros individuos (Fumero, Roca y Sáez-Vacas, 2007).

Por lo que, en consecuencia con todos los análisis realizados en torno a los criterios acerca de la Infotecnologías, se justiprecia como es a principios del siglo XXI donde se afirmara que: "*El buen manejo de los computadores y de la Internet es una de las habilidades que deben caracterizar al ciudadano competente en el siglo XXI. Lograr entonces que al terminar su etapa escolar los jóvenes dominen las herramientas básicas de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC) es un objetivo importante del plan curricular de cualquier institución educativa*" (Piedrahita Plata, 2003).

Es por ello, que se valora también que una adecuada preparación con esta herramienta al capital humano, dependerá de resultados exitosos a las formas de gestión que las apliquen, donde aparecen vinculadas en su aplicación a las ciencias contables, a la protección ambiental, al desarrollo productivo, a la implementa-

ción de tecnologías limpias, en el desarrollo del comercio interno y foráneo, entre otras disciplinas afines; aportándoles valores agregados en el mundo de la competencia "*marketing empresarial*" a las formas de gestión.

Donde, en la llamada "*sociedad de la información y el conocimiento*", la generación de un volumen insospechado de información constituye un reto para los profesionales. Al resultar imprescindible la formación continua para salvar la brecha de la infoxicación, discernir entre el enorme volumen de información existente y la de alta calidad; es así que también, constituye una prioridad desarrollar en el profesional capacidades que le permitan guiarse a través del intrincado laberinto de información y obtener aquella que precisa para desplegar con rigor su actividad profesional dentro de las formas de gestión. (Machado Ramírez, 2014)

En la actualidad, se percibe una fuerte demanda de servicios combinados de comunicación combinando cualquier tipo de información: voz, datos, imágenes y video a la vez que empiezan a aparecer redes de área extensa de gran capacidad. Por lo que, las formas de gestión han descubierto que su área de servicio natural se extiende a escala mundial y quisieran contactar con una base de clientes nueva.

Otros han encontrado organizaciones y personas con los cuales compartir y comunicar nuevas ideas en diversos aspectos de su trabajo y otros han encontrado una nueva forma de informar de los servicios de la compañía y sus productos, donde para todos los usuarios la red de Internet es la solución. Lo que permitirá continuar el análisis *up supra* de las infotecnologias en el proceso formativo en la educación superior como futuro del desarrollo de las competencias del capital humano.

## Las infotecnologias en la formación del capital humano en las formas de gestión

Es una realidad, que en los escenarios internacionales y nacionales, el uso de las TIC's hoy constituyen elementos indispensables en el desarrollo de todos los aspectos de la vida, estos se aprecian desde la búsqueda de información hasta la comunicación personal y la aplicación de las herramientas de la Web 2.0.

Por ello, es también una realidad que la educación no se encuentra

ajena al uso e implementación de las tecnologías, donde cada vez apreciamos que se descubre un universo ilimitado de posibilidades, brindando toda una gama de herramientas para el aprendizaje con la posibilidad de expandirse a un número de usuarios cada vez mayores, en diferentes escenarios y con la capacidad de socializar el conocimiento, por otra parte también se aprecia que esta tecnología está permitiendo la creación de entornos más flexibles para el aprendizaje y favorecen el trabajo colaborativo entre los educandos, rompiendo con los escenarios formativos tradicionales, ofreciendo nuevas posibilidades para las orientaciones y la tutoría de los alumnos y facilitan una formación permanente. Todos estos nuevos espacios, permiten crear entornos de comunicación sincrónicos y asincrónicos, facilitando eliminar las barreras espacio-temporales entre las personas, potenciando contextos interactivos (Salinas, 2002; Carabantes, 2005; Cabero, 2008).

Es también un hecho, que en las diversas carreras que se estudian en la Educación Superior, donde en el modelo del profesional se aprecia privilegiado con la habilidad de gestionar información y conocimiento, lo cual es básico y necesario para poner al estudiante en contacto con el objeto de la profesión desde los primeros años de la carrera en la que este estudie.

Ello permitirá sistematizar con la estrategia curricular para el manejo adecuado de la información científico-técnica, mediante el uso de las tecnologías, como una cuestión clave para asegurar un desempeño laboral exitoso donde se desempeñe como futuros profesionales en  el rol que se desempeñen en las formas de gestión.

Desde esta perspectiva, se pondera que el dominio del proceso de gestión de la información es parte esencial de la dimensión desarrolladora en el proceso formativo a futuro del profesional. Donde estos profesionales, para resolver los problemas de la profesión, requieren de la investigación científica para ello, la que no solo se limita a los profesionales de los centros de investigación. Es aquí, donde aparece el egresado, quien al realizar en su profesión tareas investigativas relacionadas con la búsqueda de alternativas y el perfeccionamiento, contribuye también a transformar la sociedad en que convive como ser social.

Bainton (2001), reflexionó sobre la importancia de poseer aptitudes para el acceso y uso de la información y cómo las tecnologías


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 222-238

han posibilitado que la información resulte mucho más fácil de acceder y utilizar; pero al mismo tiempo señaló que al aparecer Internet y el incremento de información es necesario "[…] *plantearse preguntas en relación con la procedencia, la corrección y la fiabilidad de los materiales* […]".

Hurtado (2006), también consideró al procesamiento de la información como: "[…] *una actividad lógica del pensamiento, que por un lado está ligada a la cognición, a la comunicación, y por otro, a la forma en que a través de magnitudes, hechos, procesos y fenómenos se le atribuye una interpretación a partir de la cultura del sujeto en un estadio dado en su desarrollo y del contexto donde establezca sus relaciones afectivas de vida*".

Por lo que se valora, que un ejemplo de lo hasta aquí analizado ha sido el proceso acontecido en la Universalización de la Universidad cubana, consolidado a partir del año 2002, toda vez que la docencia y la investigación en las universidades se masificaron y diversificaron con calidad y pertinencia. Donde la matrícula universitaria alcanzó más de medio millón de estudiantes, de ellos 300 mil estudiaron en las Sedes Universitarias Municipales con un incremento de un 50% de Tasa Bruta de Escolarización (18–24 años). (Medina Basso, 2006).

La constante elevación de la matrícula universitaria trajo consigo la introducción del modelo pedagógico semipresencial, a partir del desarrollo de la enseñanza a distancia, de la introducción de las TIC's y de la nueva concepción del modelo pedagógico semipresencial, factor que permitió se comenzara a vislumbrar la apertura de un nuevo capítulo en la Educación Superior, para lo cual se hizo necesario desarrollar estrategias y acciones que permitieron asegurar una debida calidad en la masividad de la enseñanza (Benítez Cárdenas, 2005).

Donde la enseñanza de las disciplinas que integran las Ciencias Empresariales no estuvo desplazada, toda vez que se pueden constatar acciones a través de la elaboración de textos en formato digital, los que se colocaron en bases digitales en la red universitaria, la entrega de libros digitales a los estudiantes, el acceso a las redes sociales y a la Internet para la búsqueda de información, la elaboración de materiales complementarios, entre otros recursos académicos utilizados consideran los autores.

Elementos que permitirán continuar el análisis de las Ciencias Empresariales y el uso de las infotecnologías en el desarrollo del capital humano, como uno de los valores agregados para desarrollar la competencia empresarial.

**Las ciencias empresariales y la infotecnologia**

Las tecnologías de la información y las comunicaciones abarcan hoy en día una muy amplia gama, la que incluye desde la telefonía celular hasta los métodos de interconexión descentralizada de redes de computadoras -de las que Internet es el ejemplo paradigmático-. Por otra parte, al amparo de la progresiva convergencia del flujo de información en la Internet, se ha producido en los últimos tiempos una dramática aceleración del proceso de profundización y ampliación de la Sociedad de la Información, con la correlativa ampliación del espectro legal involucrado.

Es en esta Sociedad de la Información, en tanto su concepto hace referencia al nuevo paradigma derivado de la transformación impulsada por los medios actualmente disponibles para crear y divulgar información mediante tecnologías digitales (Castells, 1998), toda vez que constituye un nuevo desafío al tiempo de pensar en las características más adecuadas para el sistema jurídico llamado a reglarla. Ello así debido a la complejidad del fenómeno, esto es, la circunstancia de que observando los hechos que se dan en este contexto, se pueden establecer causas y efectos, pero no vincular necesariamente un efecto a una dada causa (Olivera-Proto, 2009).

Es una realidad, que la ciencia del Derecho y la Informática guardan relación, toda vez que como problemática jurídica derivada de la generalización del uso de la informática, en tanto se puede concebir como el "*conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores*", puede ser considerada desde diversas perspectivas y utilizando distintas estrategias.

En principio, la relación entre derecho e informática ofrece desde los tiempos de sus primeros contactos dos líneas de estudio bien diferenciadas: la aplicación de la informática en el tratamiento de la información jurídica y los aspectos normativos derivados del uso de la informática.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 222-238

Por todo lo antes señalado, podemos entrar a analizar que es la informática jurídica, cuyo origen se ha establecido en Estados Unidos, a fines de los años 50 (Téllez Valdés, 1987: 1118), es "*la ciencia y la técnica del tratamiento de la información jurídica*" (Bourcier, 2003). El objeto de esta disciplina, a la que otros autores denominan *Iuscibernética* (Losano, 1968; para Peñaranda Quintero, 2000), es el "*tratamiento automatizado de las fuentes de conocimiento jurídico (sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal), de las fuentes de producción jurídica y su organización (funcionamiento de organismos legislativos y judiciales) y de las decisiones judiciales (informática jurídica decisional)"* (Pérez Luñó, 1996).

Para ello "*es necesario considerar ciertos elementos de origen, como son la aplicación de la lógica del derecho o raciocinio jurídico; análisis del discurso jurídico; aplicación de la teoría de los sistemas; aplicación de la teoría de la información, entre otros*" (Ríos Estavillo, 1997).

Téllez Valdés, señala que se puede considerar la Informática Jurídica como una "*técnica interdisciplinaria que tiene por propósito la aplicación de la informática (entiéndase computadoras) para la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de dicha información, necesarios para una toma de decisión con repercusiones jurídicas*" (Téllez Valdés, 1987).

De lo expuesto, se colige que la Informática Jurídica constituye una disciplina auxiliar del quehacer jurídico, en la cual, siendo interdisciplinaria, predomina el elemento tecnológico. En otras palabras, en el campo de la Informática Jurídica la tecnología se pone al servicio del derecho -y del operador jurídico-. (Gordillo, 2001)

Por lo que se considera, que la Informática Jurídica tiene como fin principal la ordenación de la información jurídica -lo que conlleva su tratamiento- con el fin de crear instrumentos que permitan el acceso a esa información, todo ello mediante la aplicación de las tecnologías de la información aplicadas a las ciencias jurídicas.

No obstante, es de suma importancia reseñar los criterios doctrinales acerca de la regulación, en el mundo anglosajón, donde se le reconoce como *cyberlaw* -cabe citar a Edwards y Waelde (1997), Rosenoer (1997) y Johnston, Handa y Morgan (1997), pasando por Lessig

(1999 y 2000), Susskind (1996)- y de ahí los esfuerzos se destinan al abordaje de las problemáticas involucradas (Barrio, 2008).

En Iberoamérica las cuestiones concernientes a la relación entre el derecho y las TIC's tanto por los autores como la academia han utilizado diversas designaciones. La primera consignada como Derecho Telemático (Delpiazzo y Viega, 2004), la otra como Derecho de las Nuevas Tecnologías (García Barrera, 2005; Rico Carrillo, 2007), Derecho de la Informática (Ríos Estavillo, 1997), Derecho de la Sociedad de la Información (Delpiazzo, 2004), Derecho del Ciberespacio (Peña, 2001) y entre las últimas denominaciones la de Derecho Tecnológico y Derecho de Internet como un derecho ciudadano. (Ferrajoli, 2001; Fix Zamudio, 2011)

Tal y como se aprecia en los criterios contrastados, por lo amplio del espectro de las temáticas derivadas de la relación entre la ciencia del derecho y la informática, se justiprecia que cabe aún otra aproximación a la cuestión, en la que se considera que el impacto de los desarrollos tecnológicos sobre los modos de relacionamiento y consecuentemente, sobre la respuesta esperable del Derecho, pone en crisis el paradigma jurídico de la modernidad.

Es verdad, como se ha valorado hasta aquí, la emergencia de una *lex* informática, es un régimen altamente dependiente de estándares tecnológicos (Reidenberg, 1998), que sería aplicable a las relaciones establecidas en la red, propuesta que ha sido enfáticamente rechazada desde la perspectiva *ius privatista* (Feldstein de Cárdenas, 2005). Donde se ha llegado a vislumbrar, asimismo la existencia de un sistema eminentemente jurídico, la *lex retialis* (Olivera, 2008; Iuale, 2009), "*ley de la red*" que alcanzó reconocimiento como fuente del derecho trasnacional.

Lo que trae como colofón, reseñar que el desarrollo de la capacitación al capital humano dentro de las formas de gestión en el escenario mercantil, permite con ello dar mejores respuestas a los empresarios y asumir retos en el comercio ante mercados cada vez más exigentes, donde se pondera la aplicación de las nuevas tecnologías y la certificación empresarial con la ISO 26000. (Argandoña, 2011)


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 222-238

## A modo de Conclusiones

La incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación es considerado como un fenómeno social heterogéneo, el mismo provoca cambios en el acceso al conocimiento, lo que repercute en el quehacer humano. El hecho de no tener acceso a las mismas dificulta la igualdad de oportunidades y genera una importante brecha cultural, económica y social, en contradicción con el derecho de acceso a la información como derecho humano.

Las Tecnologías de la Información y Comunicación son herramientas indispensables en las actividades formativas de los profesionales de las Ciencias Empresariales, favoreciendo con ello una capacitación adecuada del capital humano acorde a los tiempos actuales en atención a los nuevos escenarios educativos mediados por las tecnologías, lo que genera valores agregados a las formas de gestión donde estos se desempeñen.

La enseñanza de las Tecnologías de la Información y Comunicación permiten a los empresarios posicionarse en mercados cada vez más exigentes, con un capital humado alfabetizado en el uso y aplicación de las TIC's. Ante un mercado donde las formas de la competencia cambian, factores estos que obligan a los empresarios a crear y acumular nuevos conocimientos más rápidos que otros, al ser una inversión que genera ganancias a futuro.

La formación del capital humano hoy adquiere importancia y flexibilidad, toda vez que les aporta aptitudes y las competencias necesarias para su evolución en el mercado, la que hoy se potencia con una de las herramientas de las infotecnologias "e-Learning" como estrategia de la innovación empresarial al aplicarse las Tecnologías de la Información y Comunicación.

**Bibliografía**

AA.VV., Perspectivas de la Infotecnologías para la Editorial Universitaria en Cuba, La Habana, 2005.
AA.VV., "*La gestión didáctica en la infotecnología: una experiencia en la Universidad de Cienfuegos*" en, Revista Biblios, Número 31, Cienfuegos, 2008.
AA.VV., "*Impacto de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: Una mirada en actividades formativas*" en, Revista electrónica de Veterinaria REDVET, Número 7, España, . Disponible en: http://www.veterinaria.org/revistas/redvet,
AA.VV., "*Curso virtual de redacción científica e infotecnología sobre la plataforma Moodle: resultados y experiencias. Píxel-Bit*" en, Revista de Medios y Educación, Número 41, España, 2012. Disponible en: http://www.sav.us.es/pixelbit.
AA.VV., "*La gestión de la información en el mundo digital. Relación con el proceso de formación profesional*" en, Revista electrónica de la Universidad de Ciencias Pedagógicas "José de la Luz y Caballero", Holguín, 2014.
AA.VV., Derechos Humanos, protección medio ambiental y retos sociales, Editorial Marcial Pons, España, 2014.
AA.VV., "*Curso de Infotecnología y Redacción Científica: El B-learning para profesionales de las Ciencias Agropecuarias*" en, Revista electrónica de Veterinaria REDVET, Número 11, 2010, España. Disponible en: http://www.veterinaria.org/revistas/redvet/n111112.html,
AA.VV., Gestión por el conocimiento, Universidad de Matanzas, 2014.
AA.VV. , "*Información, conocimiento y bibliotecas en el marco de la globalización neoliberal"* en, Revista Española de Documentación Cientifica, Número 29, España, 2006.
AA.VV., "*El Entorno: un tren de oportunidades movido por la Infotecnología: Visión del entorno para la empresa y la sociedad, tratando de enfatizar los aspectos relacionados con el factor "infotecnología*", España, 2009, Disponible: http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/es
AA.VV., "*Gobierno electronico: inclusión digital y poder popular*" en, Revista Venezolana de Gerencia, Venezuela, 2014.

AA.VV., Infotecnología: la cultura informacional para el trabajo en la Web, Editorial Universitaria del Ministerio de Educación Superior, La Habana, 2008.
AA.VV., "*Las TICs, promotoras de inclusión social*" en, Revista Española de Pedagogia, Numero 249, Universidad Nacional de Eduación a Distancia, España, 2011.
AA.VV., "*Gestión prospectiva estratégica para el desarrollo académico de los docentes de una universidad pedagógica: el estudio retrospectivo*" en, Revista Estrategia y Gestión Universitaria, Manzanillo, 2015.
AA.VV., "*La gestion del conocimiento*" en, Revista Ciencias de la Información, numero 1, La Habana, 2012.
AA.VV., "*Infotecnologías y mundos virtuales*" en, Revista Española de Pedagogía, Número 249, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2011.
ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides, Género, Código y Juventud: construir sociedades más justas e inclusivas. El Derecho de Autor ante los desafíos del desarrollo en el entorno digital y las comunicaciones en el siglo XXI, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014.
ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides, "*El teletrabajo en Cuba*" en, Revista Federal del Trabajo, Número 51, Argentina, 2008.
ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides, "*El Derecho de Autor ante los desafíos del desarrollo en el entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales. Su expresión en el sistema de derecho interno en Cuba"* en, Revista THESIS IURIS, Número 1, Brasil, 2013.
ARGANDOÑA, Antonio, "*ISO 26 000, Una guía para la responsabilidad social de las organizaciones*" en, Cuaderno de la Cátedra de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, número 11, España, 2011.
BARRIO, Fernando, "*Sobre la existencia del Derecho Informático*" en, Revista Electrónica de Derecho Informático, Número 121, España, 2008, http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10726.
BOURCIER, Danièle, Inteligencia artificial y Derecho, Volumen 3, Universitat Oberta de Catalunya, Editorial UOC, España, 2003.
CABERO, Jose, "*Los retos de la integración de las TICs en los procesos educativos. Límites y posibilidades"* en, Revista Perspectiva Educacional, Número 1, Valparaiso, 2010.

DIEZ, Elieth, "*La cultura y la responsabilidad social: binomio estratégico de las organizaciones"* en, Revista Visión Gerencial, Número 2, Venezuela, 2010.
DELPIAZZO, Carlos, Lecciones de Derecho Telemático, Tomo I, Editorial Montevideo, Uruguay, 2004.
DELPIAZZO, Carlos, "*Del derecho informatico al derecho telematico*" en, Reviista Juridica, UNAM, Mexico, 2009.
DELGADO, Mario, "*Estrategias didácticas creativas en entornos Virtuales para el aprendizaje"* en, Revista Actualidades Investigativas en Educación, Número 2, España. 2009.
DUART, Josep, Aprender en la virtualidad, Editorial Gedisa, Barcelona, 2000.
FARFÁN GONZÁLEZ, Jimena, "*Capital social y redes sociales digitales: Análisis de la red social MuyPR perteneciente a la plataforma NING*" en, Revista Universitaria de Treball Academics, Mexico, 2012.
FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, La lex informática: la insoportable levedad del no ser,
España, 2005, Disponible en: http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200510-42551013910542851.html
FIX-ZAMUDIO, Héctor, "*Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica"* en, Revista Ciencias Jurídicas, UNAM, México, 2010.
FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
FLORES, Olver, "*TIC y docencia universitaria: ¿cambian las metodologías docentes según el grado de presencialidad de las asignaturas? El caso de la Universidad de Lleida*" en, Revista Pixel-Bit de Medios y Educación, Número 41, España, 2013. Disponible en: http://acdc.sav.us.es/pixelbit/images/stories/A11_010_premaqpreprint.pdf
GARCÍA BARRERA, Myrna, Derecho de las Nuevas Tecnologías, UNAM, México, 2005, Disponible en: hptt://www.juridicas.unam.mx
GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006.
OLIVERA, Norbert, Legal Policies for the Sustainability of the Information Society, 7th International Conference on Social Science Methodology, Nápoles, 2008.
IUALE, Carlos, El Concepto de Internacionalidad en la Sociedad de

la Información en, Simposio de Informática y Derecho, Mar del Plata, 2009.
PAREDES LABRAC, Joaquín, Usos educativos de la telemática, Universidad Autonóma de Madrid, 2010.
PEÑA, Daniel, "*El Derecho del Ciberespacio, Fundamentación Tecnológica en el Análisis del Derecho*" en, Revista Alfa-Redi, Número 37, España, 2001.
PÉREZ LUÑÓ, Antonio, Manual de informática y Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.
REIDENBERG, Joel, Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology Texas Law Review, Número 3, Estados Unidos de América, 1998.
PEÑARANDA QUINTERO, Héctor, "Nociones Generales acerca de la Cibernetica y la Iuscibernetica" en, Revista Revista Electrónica de Derecho Informático, Número 29, Italia, 2000.
RÍOS ESTAVILLO, Juan, Derecho e Informática en México. Informática Jurídica y Derecho de la Informática, Editorial UNAM, 1997, Disponible en: hptt://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=147.
RICO CARRILLO, Mariliana. Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica, Revista de Derecho Informático, Número 19, España, 2000. Disponible en: http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=422
ROSENOER, Jonathan, CyberLaw: The Law of the Internet, Estados Unidos, 1997.
PULIDO, Antonio, El desarrollo sostenible en el mundo contemporáneo, valores humanos y desarrollo sostenible, Fundación Iberdrola, Madrid, 2004.
SALINAS ARATA, Angel, Las tecnologias de la información y el Derecho, Tesis de Maestría, Universidad Pontificia de Perú, 2012.
SÁEZ VACAS, Fernando, Más alla de la Internet en, Revista Isegoria, Número 34, España, 2006.
SANGRÀ, Albert, Enseñar y aprender en la virtualidad en, Revista Educar, España, 2001.
SUSSKIND, Richard, The Future of the Law, Oxford University Press, Estados Unidos de América,1996.
LESSIG, Lawrence, Code and other Laws of Cyberspace, Basic Books, Estados Unidos de América, 2000.
TÉLLEZ VALDES, Julio, Derecho Informático, UNAM, México, 1987.

LANZA, Mario, "*Las tecnologías de la información y comunicación como un instrumento para el desarrollo*" en, Cuadernos de Desarrollo Humano Sostenible, Numero 6, PNUD, Tegucigalpa, 2002.
LOSANO, Mario, Giuscibernetica en, Novi Sviluppi Della sociologia del Diritto, Edizione di Comunità, Milano,1968.
MATILLA CORREA, Andry, "*Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica*" en, Revista Jurídica, México. Disponible en: hptt/www.juridicas.unam.mx.
OLIVERA, Noemi, Estado de la cuestión en la relación entre derecho e informática en, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologias, Argentina, 2011.
KENNER THOMPSON, Judith, "*Conducta empresarial responsable como estrategia*" en, Revista de Ética Empresarial, Estados Unidos de América, 2010.
VALLEJOS, Oscar, Introducción a Internet, Facultad de Ingeniería, Universidad de La Habana, 2005.
VÁZQUEZ, Bárbara, El uso de aplicaciones para celulares como experiencia de Mobile learning en Ciencias Agrarias, IV Taller Internacional de Educación a Distancia y Pedagogía, Bayamo, 2015.
VEGA, Marco, "*Aspectos y avances en ciencia, tecnología e innovación*" en, Revista Polis, Número 33, Ecuador, 2013.
VEGA-BAUDRIT, José, "*Políticas nacionales de desarrollo, divulgación y formación de la nanotecnología en costa rica: la importancia de Lanotec*" en, Revista Digital Universitaria, Número 3, UNAM, México, 2013.

# EL DERECHO DE AUTOR ANTE LOS DESAFÍOS DEL DESARROLLO EN EL ENTORNO DIGITAL DE LA EMPRESA CUBANA EN LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO ECONÓMICO.

Lic. Olivia Virgen Figueredo Paneque
Profesora Carrera de Derecho
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Universidad de Granma
República de Cuba
Jueza Profesional Suplente no Permanente del Tribunal Provincial Popular de Granma
Email: ofigueredop@udg.co.cu.

MsC. Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Profesor Auxiliar
Carrera de Derecho
Profesor de Derecho Ambiental y Mercantil
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Universidad de Granma
República de Cuba
Email: aantunez@udg.co.cu

Dra.C. Yolanda Soler Pellicer
Profesora Titular
Carrera de Ciencias Informáticas
Facultad de Ciencias Técnicas
Universidad de Granma
República de Cuba
Email: yoly@udg.co.cu

**SUMARIO:**

Introducción.
1. El Derecho de Autor. Generalidades
2. Concepto. Objeto. Criterios de protección. Contenido del Derecho de autor.
3. Conclusiones
4. Bibliografía.

**RESUMEN:**

El trabajo recoge un eje temático álgido en su conceptualización y ejecución por los entes y agentes que se relacionan con el Derecho de Autor. Hacemos un recorrido por los comienzos de la actividad. El hombre desde su surgimiento ha creado y es lo que siempre lo ha distinguido, sin embargo el autor y el artista durante siglos desconocidos no fueron protegidos ni sus creaciones tampoco hasta el siglo pasado en que se desarrollaron plenamente los conceptos de individualidad, propiedad, derechos naturales o humanos.
El derecho de autor puede decirse que existió siempre, pero no era legislado, sino que en las antiguas sociedades, lo creado por los autores se regía por el derecho de propiedad común, es decir, que podía disponer de ellos como una cosa, como cualquier otro bien material. La protección a los autores es relativamente joven aunque desde los períodos más remotos ya existía una noción de propiedad literaria, esto último no podemos negarlo absolutamente, si tenemos en cuenta que en Roma existían verdaderos talleres de copistas que reproducían las obras en manuscritos, ignorando el derecho de autor en el sentido actual. El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos, vías y medios de reproducción y acceso. El proceso de globalización de mercados y economías en que se encuentra inmersa la actual ¨sociedad de la información¨ hace cada vez más necesaria la utilización de la informática como instrumento para el tratamiento de datos y su transmisión de un lugar a otro

**Palabras claves:** derecho de autor, entorno digital, protección a los autores.

***Abstract:*** The work gathers a thematic algid axis in your |conceptualización| and execution for the beings and agents that it is related with the right side of author. $3 make a space traveled for the beginnings of the activity we. The man from your |surgimiento| has created and it is which always it has distinguished it, however the author and the artist during unknown centuries were not protected nor your creations neither until the past century in which devel-

oped to him fully the concepts of individuality, property, straight natural or human.
The right side of author can be said that existed always, but was not legislated, but that in the ancient societies, it created for the authors are governed for the right side of common property,that is to say, that it could dispose of they as a thing, as any other well material. The protection to the authors is relatively young although from the more remote periods already existed a notion of literary property, this the last one cannot refuse it absolutely, if we keep in mind that in blunt existed true workshops of copyists that reproduced the works in manuscripts, by not knowing the right side of author in the current sense. The development of the digital environment and the communications in the current moments is vertiginous. They spring up new forms of expression and creation, new manners, pathes and media of reproduction and access. The process of |globalización| of markets and economies in which finds to him immersed the current thing¨society of the information¨ does more and more necessary the use of the computer science as instrument for the treatment of data and your transmission of a place to other.

**Key Words:** copyright, half-close digitalis, protection to the authors

**Introduccón:**

Las llamadas culturas primitivas se formaron de manera espontánea y las manifestaciones artísticas o de arte rupestre no pertenecían a nadie en particular sino a todos los miembros del grupo. Con el surgimiento de la escritura como medio de reproducción del conocimiento y como una forma de obtención de ejemplares aparece lo que llamarían "obras" y el sentido de propiedad sobre ellas, pero de una forma muy rudimentaria. Así se van desarrollando las diversas civilizaciones hasta llegar a las modernas y contemporáneas. Con el desarrollo del arte y la ciencia se desarrollan los medios de producción, se inventan las máquinas industriales, filosofía, sociedad y derecho. El hombre desde su surgimiento ha creado y es lo que siempre lo ha distinguido, sin embargo el autor y el artista durante siglos desconocidos no fueron protegidos ni sus creaciones tampoco hasta el siglo pasado en que se desarrolla-

ron plenamente los conceptos de individualidad, propiedad, derechos naturales o humanos.
El derecho de autor puede decirse que existió siempre, pero no era legislado, sino que en las antiguas sociedades, lo creado por los autores se regía por el derecho de propiedad común, es decir, que podía disponer de ellos como una cosa, como cualquier otro bien material. La protección a los autores es relativamente joven aunque desde los períodos más remotos ya existía una noción de propiedad literaria, esto último no podemos negarlo absolutamente, si tenemos en cuenta que en Roma existían verdaderos talleres de copistas que reproducían las obras en manuscritos, ignorando el derecho de autor en el sentido actual.
El papel que desempeña el Derecho de Autor en el mundo de hoy y la diversidad de intereses a los que se aplica, constituye el resultado de una larga y complicada evolución histórica, que expresa la prolongada y vacilante tendencia de la humanidad hacia el establecimiento de normas legales en los asuntos públicos y privados .El reconocimiento del Derecho de Autor como derecho de propiedad se consolidó en la primera mitad del siglo XIX, mediante las leyes generales dictadas en Europa Continental. Sin embargo la protección de tal derecho dentro de los límites del propio Estado no alcanzaba para asegurar su vigencia.

**1 - El derecho de autor. Generalidades:**

En el año 1455 (mediados del siglo XV) Gutenberg perfecciona la imprenta revolucionando con ello la difusión y alcance de las obras escritas y a la vez transforma a estas en objeto de comercio y fin de lucro para os autores. Con la aparición de la imprenta nace la principal manifestación patrimonial del Derecho de Autor: el derecho de reproducción.
La protección apareció primero en forma de “privilegios” de publicación exclusiva concedidos a los editores por diversas autoridades en Inglaterra y en Francia por los Reyes; en Alemania por los Príncipes de los diferentes Estados.
La notable influencia que ejercieron las ideas racionalistas en la Inglaterra del siglo XVIII, provocó un cambio de rumbo en materia de privilegios, comenzaron a concederse definitivamente a los autores.

Fue en Inglaterra donde se reconocen las nuevas ideas sobre la propiedad intelectual y en el año 1710 se aprueba la ley conocida como Estatutos de la Reina Ana , la cual revolucionó la concepción que existía hasta entonces, pero era solamente aplicable a libros y nada refería a otros materiales impresos como por ejemplo, las representaciones públicas, las versiones dramáticas, ni las traducciones, por lo que encabezado por el artista satírico inglés Hogarth, surgió con mucho éxito un movimiento a favor de la protección de artistas, dibujantes, y pintores que culminaron con la promulgación de la "Ley de Grabadores de 1735". Hasta 1911 en que se dicta el Copyright Act el Derecho de Autor en Inglaterra se rigió por el Common Law para las obras no publicadas y los derechos personales, luego de publicadas por el Estatuto.

El ejemplo inglés fue seguido por Alemania y Francia, y esta última como consecuencia de las ideas imperantes en esa época en la revolución Francesa abolió todo tipo de privilegio y en 1791 y 93 la Asamblea Constituyente sentó las bases del sistema de Derecho de Autor francés con la promulgación de dos decretos: "La ley relativa a los espectáculos" de 1791 y la " Ley relativa a los derechos de propiedad de los autores de todos géneros, de los compositores de música, los pintores y diseñadores" de 1793, que estuvieron en vigor hasta 1957, por el largo tiempo que estuvieron vigentes demuestran que estos decretos contenían elementos básicos muy avanzados para su época y la jurisprudencia jugó un papel en su perfeccionamiento.

En Alemania si bien existieron los privilegios se estableció una práctica de la firma previa entre autores y editores de contratos que incluso prevalecían sobre aquellos. Luego el pensamiento filosófico de Kant influenció grandemente los Derechos de Autor, quien vio a los derechos de autor no solo como una propiedad sino como extensión o reflejo de la personalidad del autor, por lo que esta debía protegerse también. Esta corriente influenció en toda Europa llevando al desarrollo del Derecho Moral de autor. En 1837 Prusia promulgó la primera ley alemana moderna reconocida en toda Alemania.

En EUA la legislación de Derecho de autor se hace efectiva entre 1783 y 1786, estando muy ligada a los Estatutos de la reina Ana, hasta que en 1976 se dicta otra Copyright Act.

La legislación francesa sirvió de base para la posterior evolución de la doctrina y la legislación burguesa en la que se inspiró el Código Civil Español de l889 y sus normas complementarias contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y su reglamento.
Para ubicar al derecho de autor dentro de los derechos de propiedad intelectual es necesario aclarar que coexisten dos sistemas jurídicos: el de origen Anglosajón o de Common Law, que tiene como centro el derecho de copia y en el que el derecho de autor se denomina copyright, y el de origen latino o de tradición continental europea basado en el derecho romano o romano germánico, nacido de los derechos franceses, más cercanos a sus orígenes, a los derechos personales.
Por todo ello podemos concluir que el Copyright Angloamericano y el Droit d'auteur francés, constituyeron el origen de la moderna legislación sobre derecho de autor en los países de tradición jurídica basada en el Common Law y de tradición jurídica continental europea o latina y el reconocimiento del Derecho de Autor como derecho de propiedad se consolidó en la primera mitad del siglo XIX, mediante las leyes generales dictadas en Europa Continental.

## 2 - Concepto. Objeto. Criterios de protección. Contenido del derecho de autor.

Los criterios más generalizados en relación con el concepto del Derecho de Autor son aquellos que los postulan como el derecho que protege el trabajo del creador y por ende los derechos subjetivos de su actividad intelectual; por ello podemos definir el Derecho de Autor como: *El conjunto de normas jurídicas, principios, valores que van a regular y proteger los derechos exclusivos de los autores, sobre el producto de su creación que se integra por toda una serie de facultades y prerrogativas de carácter personal y otra serie de facultades de carácter patrimonial o pecuniario.*
El objeto de protección del derecho de autor es la obra.
Para el Derecho de autor, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.
En el lenguaje común, el término obra es "cualquiera producción

del entendimiento en ciencias, letras o artes"; para el Glosario de la OMPI sobre derecho de autor y conexos es, "toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible".
Ahora bien, el CB, como la mayoría de las legislaciones nacionales, incluida la nuestra, no define el vocablo "obra", pues se limita a señalar que se encuentran protegidos los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas a cuyos efectos hace una enumeración ejemplificativa de las creaciones objeto de tutela

Criterios de protección
Protección a la forma no a las ideas: Las ideas en si mismas consideradas, por más novedosas y brillantes que sean, no son objeto de protección, tienen que concretarse en un soporte material. Se protege la exteriorización de su desarrollo en obras aptas para ser reproducidas, representadas, etc
Originalidad: en materia de Derecho de autor la originalidad reside en la expresión o forma representativa creativa e individualizada de la obra. Para éste Derecho esto no es lo mismo que novedad. Originalidad significa que la obra sea producto de una particular expresión del autor, donde se ponga de manifiesto su impronta personal. Una obra es original en la medida en que no sea copia de otra. Una obra es original a pesar de que parta de una idea que no lo sea. Muchos han escrito novelas de amor, pero cada una de ellas es original e independiente, pues cada autor tuvo su estilo para escribirla y eso s lo que protege el derecho de autor. La originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todos los tipos de obras.
Formalidades: Es universalmente aceptado que la protección que otorga el derecho de autor sobre una obra comienza desde el mismo momento de la creación, sin que se requiera ningún tipo de registro o formalidad. Por lo tanto no nace de la autoridad administrativa.
Criterios ajenos al reconocimiento del Derecho.
Calidad, Mérito, Destino y forma de expresión: La protección concedida por el derecho de autor es totalmente independiente del valor o mérito de la obra, se trata de una cuestión de gustos y si es buena o no le corresponde al público y la crítica decirlo, no es una cosa que interese al derecho. Grandes obras como la Traviata de Verdi y la Consagración de la Primavera de Stravinsky fueron abu-

cheadas, tampoco interesa el destino, que sea cultural, científico, política, lo que interesa es que sea una obra literaria o artística. Tampoco interesa su forma de expresión, puede ser oral o escrita, representada o fijada, etc.

Contenido del Derecho de Autor: La obra protegida por el derecho de autor tiene sus propias características particulares, refleja la personalidad de su creador. Como dijera Delia Lipszyc el autor vive y trasciende en su obra, por eso el derecho de autor no sólo protege los posibles beneficios que el autor pueda obtener sino las relaciones intelectuales y personales con la obra y su utilización. La especialidad del derecho de autor nos obliga a distinguir dos aspectos fundamentales de su contenido. La obra creada por su naturaleza va a reflejar la personalidad del autor y va a perdurar en el tiempo y su autor va a tener la posibilidad de aprovechar económicamente su obra, es decir, que va a crear un vínculo personal y económico con su obra. Es por ello que se reconocen dos aspectos en el derecho de autor:

El elemento personal o moral que se fundamenta en el respeto a la personalidad del autor y la defensa de su obra.

El elemento patrimonial que posibilita que el autor viva de su obra, es decir, efectúe su explotación económica o la autorice.

El derecho moral consiste en un determinado número de prerrogativas que proceden de la necesidad de preservar a la vez la integridad de las obras intelectuales y la personalidad de los mismos.

Características del Derecho moral:

- Esenciales: porque contienen un número de derechos exigibles sin los cuales la condición de autor perdería su sentido;
- Extrapatrimoniales: no son estimables en dinero aunque producen consecuencias patrimoniales
- Inherentes: porque están unidos al artista
- Absolutos: porque es oponible a cualquier persona (erga omnes)
- Inalienables: lo cual lo hace inembargable, inejecutable e inexpropiable
- Irrenunciables (vincularlo con inherente)
- Imprescriptible: está fuera del comercio, y por ser personales, inherentes al autor, lo cual es o mismo que decir perpetuos.
- Insubrogable: por ser inherente al artista.

Las facultades que componen los derechos morales tienen un contenido diferente, dividiéndose en dos categorías:
Positivas: En las que el autor es el que actúa y toma decisiones y;
Negativas: También llamadas defensivas, porque en ellas el autor impide que se realice algo o se abstiene de realizar alguna acción, además de que aún después de la muerte del autor y antes de que la obra entre en dominio público puede reclamar sus derechos.
Los derechos morales básicos son:

- ✓ Derecho de Divulgación (positiva): el autor es la única persona facultada para decidir, a su libre voluntad, si la obra puede ser comunicada o no al público y fijar las modalidades de su divulgación.
- ✓ Derecho de paternidad (negativa): Es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra, de decidir si la obra se publica bajo su nombre o en forma anónima o seudónima; este derecho comprende: a) el derecho de reivindicar su condición de autor o la forma en que menciona el mismo y b) el derecho de defender su autoría cuando ella es impugnada.
- ✓ Derecho al respeto a la integridad de la obra (negativa): el derecho del autor de hacer respetar el contenido y calidad de la obra e impedir cualquier cambio, deformación, etc., sin autorización del autor.
- ✓ Derecho de arrepentimiento (positiva): También llamado al retiro o retracto, es el derecho del autor a decidir la no divulgación de la obra y a retirarla del comercio una vez divulgada. Esta se trata de una facultad excepcional, opuesta a la fuerza obligatoria de los contratos. Este derecho está reservado al autor y no se transmite a sus herederos.

Los Derechos patrimoniales:
Quien tenga éxito en le público, con su actividad intelectual, también obtiene por ella ingresos e incluso puede vivir de ella eventualmente. Los derechos de autor que deben asegurar al autor un ingreso por su trabajo se denominan “Derechos_Patrimoniales.
Características de los derechos patrimoniales:

- ✓ Es un derecho exclusivo: Esto implica que sólo el autor o titular, sus herederos o causahabientes pueden autorizar la utilización o explotación económica de una obra determinada,

por cualquier medio o procedimiento.
- ✓ Es un derecho transferible: Puede ser cedido o transmitido a terceras personas ya seas gratuita u onerosa, total o parcial.
- ✓ Es un derecho renunciable: A diferencia del Derecho moral, se pueden renunciar a estos derechos lo que implicaría que cualquiera utilizaría la obra sin necesidad de pagar ninguna retribución económica, pero respetando los de carácter moral.
- ✓ Es un derecho de duración limitada: Se extingue de acuerdo con los Convenios y a las leyes nacionales en un determinado número de años después de la muerte del autor o de la publicación de la obra.

El contenido de los derechos patrimoniales establece las diferentes formas y medios mediante los cuales una obra puede ser explotada o aprovechada económicamente. Existen tres divisiones básicas en el derecho patrimonial que van a comprender casi todas las modalidades de uso de las obras y son:
- ✓ Derecho de Reproducción
- ✓ Derecho de Comunicación Pública
- ✓ Derecho de Transformación.

El Derecho de Reproducción: Se define por los tratadistas como la facultad de explotar la obra mediante su fijación material en cualquier medio y mediante cualquier procedimiento, lo cual permite obtener copias o ejemplares de la obra para su difusión al público. La reproducción comprende:
- ✓ La edición
- ✓ La reproducción sonora o audiovisual
- ✓ Reproducción gráfica
- ✓ Reproducción de obras en sistema de computador
- ✓ Realización de uno o más ejemplares de una obra tridimensional en bidimensional.

El Derecho de Comunicación Pública: Es la facultad de explotar la obra mediante el acto de hacerla accesible al público, ya sea de manera directa (representación en vivo), o indirecta (discos, cintas), o mediante cualquier forma de radiodifusión o distribución por cable. Este derecho comprende de forma general lo siguiente:
- Representaciones escénicas
- Comunicación por palabra hablada
- Ejecución pública de obras musicales

- Radiodifusión y cable
- Cinematografía

El Derecho de Transformación: Consiste en la facultad o poder jurídico exclusivo que se le confiere al autor de autorizar a otro la creación de obras derivadas a la suya. Existen obras que pueden no ser originales plenamente, pero pueden tener valor creativo para el derecho, como son las traducciones; adaptaciones; extractos; parodias; etc.

Es decir, las obras producto de intelecto humano pueden transformarse al igual que cualquier otra, de tal manera que puede dar lugar a otra obra protegida por el derecho de autor como obra derivada.

El contenido del Derecho de transformación está muy vinculado con el derecho moral de integridad de la obra, pero no debe confundirse, ya que el de integridad se refiere a que el autor puede oponerse a toda deformación de la obra que se haga sin su consentimiento. Está vinculado porque aún y con la autorización del autor, si la transformación perjudica la reputación de la obra o del autor, este puede en virtud del derecho moral oponerse y reclamar por esa infracción.

Existen otros tipos de derechos patrimoniales que han sido reconocidos, como son.

- El derecho de distribución: el cual incluye la venta, alquiler, préstamo u otra forma de utilización económica para ponerla a disposición del público. En este caso el autor determinará, si esto ocurre o no, bajo qué condiciones y en qué territorio. En los casos de este derecho debe reconocerse el agotamiento del derecho o la primera venta (first sale).
- Derecho de participación o Droit D' Suite: es el derecho de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas posteriores a la primera enajenación de los originales de dichas obras realizadas en subastas públicas o con intervención de agentes comerciales).

El derecho de Autor ha probado que es idóneo para estimular la actividad creativa al asegurar al creador la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de autor; además beneficia al empresario al garantizar su inversión, permitiendo el auge de las industrias culturales con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la difusión de obras.

El Derecho de Autor a la luz del desarrollo de las nuevas tecnologías.

Un aspecto que ha generado muchos debates es la posibilidad del derecho de autor de proteger y estimular la creación ante las transformaciones que se están produciendo con la aplicación de las nuevas tecnologías. El momento actual es, sin dudas, un momento de cambios tecnológicos que han marcado decisivamente la evolución y los contenidos del derecho de autor, desde su mismo nacimiento como sistema para la protección jurídica de ciertas creaciones del espíritu humano.

Así ha ocurrido, como es sabido, con la radio, fonografía, imprenta y la televisión de modo que los Tratados Internacionales y las leyes nacionales en materia de derecho de autor lo afirman. Por tanto, la informática y las creaciones intelectuales relacionadas con esta, no han sido la excepción.

El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos, vías y medios de reproducción y acceso. El proceso de globalización de mercados y economías en que se encuentra inmersa la actual ¨sociedad de la información¨ hace cada vez más necesaria la utilización de la informática como instrumento para el tratamiento de datos y su transmisión de un lugar a otro. Tal es su grado de incidencia social que ya nadie puede desconocer que la informática está experimentando en la actualidad una creciente ¨masificación¨.

El fenómeno de uso masivo de la informática afecta, en primer lugar, a los sistemas informáticos u ordenadores, que ha dejado de ser un bien escaso, para convertirse, prácticamente, en un producto de masas. Esto ha provocado en el mercado un incremento espectacular de la demanda de programas informáticos. El programa de ordenadores es un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma, que al ser incorporadas en un dispositivo de lecturas automatizadas y traducidas en impulsos electrónicos, pueden hacer que un ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.

El problema planteado al derecho de autor en este sentido, ha consistido en la necesidad de tutelar adecuadamente los esfuerzos creativos y empresariales exigidos para la realización, producción y distribución de determinadas informaciones y contenidos especial-

mente valiosos, desde un punto de vista económico y social frente a los riesgos de una apropiación indebida de dicha información y contenidos por terceros. Sin embargo, la protección jurídica de las creaciones intelectuales relacionadas con la informática presenta dos rasgos peculiares: de un lado la globalización de la economía la cual ha propiciado o está propiciando desde el comienzo una respuesta internacional que asegure una regulación básicamente uniforme a escala mundial, acusada en los ámbitos regionales de integración de mercados nacionales; de otro lado, la calidad tecnológica y el avance de las normas existentes así como su interpretación, están permitiendo que el acomodo o ajuste de las nuevas reglas en el sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual no sea excesivamente traumático.

Es cierto que algunas de estas novedades introducidas han afianzado un deslizamiento desde un modelo de derecho de autor basado en los postulados humanistas y de la política cultural, a otro más atento a las exigencias de la inversión empresarial.

En particular, las creaciones informáticas que han merecido la atención del moderno derecho de autor son los programas de ordenador y las bases de datos. Los primeros son la estructura principal de Internet y el uso de ellos es indispensable para ejecutar, reproducir y registrar una gran cantidad de otras obras protegidas, tales como: videos, obras musicales, multimedia etc.

Los programas de computación no siempre han estado bajo la égida del Derecho de Autor, al principio aparecieron unidos a las máquinas, y es por esta razón que se les entendía en el marco de protección de la Propiedad Industrial. Años más tarde, estas creaciones se separan definitivamente de su soporte primitivo, para conformar un mercado diferente y por tanto con nuevos intereses, de ahí que se comenzara a analizar si estos se debían mantener como objeto de la Propiedad Industrial, si debían ser objetos de protección de una legislación específica o si eran parte del Derecho de Autor. Finalmente, después de muchas discusiones y debates, la práctica demostró que estos eran obras del intelecto humano, de ahí que se decidiera que comenzaran a formar parte de la ya extensa lista de obras que el Derecho de Autor ampara, siempre y cuando cumplan con el requisito de originalidad.

Los programas de computación se expresan a través de un lenguaje

escrito, aunque una buena parte del mismo sólo pueda entenderlo la máquina, de ahí que para los fines del Derecho de Autor se les homologa a las obras literarias.

Las obras literarias desde el punto de vista de derecho de autor se entienden como todas las obras escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, prescindiendo de su valor y finalidad; en un sitio de internet podemos encontrar múltiple información escrita, memorias descriptivas.., la introducción de un obra en una página web, accesible a través de internet constituye un acto de comunicación pública y precisa la autorización expresa del autor para visualizar y descargar la obra. Los segundos, son compilaciones sistemáticas de cualquier elemento, sean protegidos o no por el derecho de autor, donde la originalidad radica en el método de selección. Con los términos ¨bancos de datos¨ y ´bases de datos¨ se describen los depósitos electrónicos de datos y de información un sistema de manejo y de control.

En el ámbito internacional, los programas de computación son regulados por vez primera en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, en el que los países desarrollados mostraron su preocupación por proteger sus industrias y con ellas, salvaguardar sus derechos intelectuales, los que estaban siendo utilizados indiscriminadamente, sin la autorización de sus titulares, provocando un perjuicio económico considerable. El artículo 10 de este Acuerdo, obliga a los Estados Miembros de la OMC a proteger a los programas de computación, sean programas fuente o programas objeto, en virtud de la misma protección que el Convenio de Berna le otorga a las obras literarias.

A partir de la adopción del acuerdo ADPIC, los países tuvieron la necesidad de ir adecuando sus legislaciones internas a los límites convencionales establecidos por este Acuerdo; y como parte de este proceso han ido incluyendo en las legislaciones de Derecho de Autor a los programas de computación como parte del catálogo de obras protegidas por el Derecho de Autor.

Otro de los tipos de obras que han ido surgiendo gracias al desarrollo tecnológico son las bases de datos, que constituyen compilaciones de datos, hechos, etcétera. Para conformar este tipo de creación, siempre hay que disponer de un contenido que, lo constituyen los hechos o datos que se insertan, si estos no constituyen

una obra *per se*, entonces la base de datos es original, pero si el contenido que se utiliza constituye una obra preexistente, con determinado nivel de titularidad, entonces la base de datos se considera una obra derivada, ya que para su creación se ha tomado como base una obra preexistente.

Existen algunos requisitos que deben cumplir aquellos que se disponen a crear una base de datos cuando éstas contienen obras originarias preexistentes, entre ellos el pedir autorización al autor o titular de la obra a utilizar, si esta se encontrare en dominio privado; respetar el nombre del autor, elemento este a tener en cuenta tanto en el caso anterior, como en aquellas obras que se encuentren en dominio público. Suele pensarse que las bases de datos solo se refieren a aquellas compilaciones que se hacen en un formato electrónico, pero la realidad es que se consideran como tales tanto aquellas que están en formato electrónico como las que están en papel, y así lo establece el artículo 10.2 de los ADPIC.

En el país, gracias al carácter enunciativo del objeto de protección, regulado en el artículo 7 de la Ley 14 de 1977, Ley de Derecho de Autor, los autores de programas de computación y las bases de datos han encontrado los principios generales de tutela de sus derechos. No obstante, debido a la necesidad de contar con disposiciones específicas para estos tipos de obras, fue dictada la Resolución Conjunta No. 1, de 21 de junio de 1999 entre el MINCULT y el SIME, la cual establece el reglamento para la protección de los programas de computación y bases de datos, en cuanto a su creación, concertación de contratos, así como su explotación comercial. Esta normativa contiene las regulaciones más específicas en la materia, extiende la protección no sólo a los programas originales, sino también a las versiones sucesivas y programas derivados; establece las reglas de autoría y titularidad para a los autores de estos tipos de obras que realicen sus creaciones de forma independiente, por encargo, o en el marco de un empleo.

La Resolución Conjunta No. 1/99, ha devenido como paliativo en el proceso de transición de nuestras disposiciones autorales hacia una nueva legislación adecuada a los cambios que en el mundo se han venido dando en esta materia y a los convenios internacionales de los cuales nuestro país es signatario.

Por otro lado la oferta por la red de software es enorme, desde

programas antivirus y sus actualizaciones hasta programas operativos. Un problema al que ya comienzan a enfrentarse los desarrolladores y usuarios de software libre, así como aquellos que utilizan licencias para la distribución de sus creaciones y contenidos, y que habrá que solucionar, es el de la ¨exportodependencia¨. Ya han aparecido los primeros casos de violación de las licencias libres y se carece de medios para defenderlas, el software libre, en esencia, encierra tres libertades:

- Copiar el programa y darlo a tus amigos o compañeros de trabajo
- Cambiar el programa como desees ya que se tiene acceso al código de fuente y;
- Distribuir una versión mejorada ayudando así a contribuir la comunidad.

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos de copia, uso y modificación. Lo único que no está permitido hacer es que se apropien de ella. Precisamente nuestro código penal sin hacer un análisis profundo no regula de forma expresa y tácita en un título destinado para ello los delitos informáticos.

El precio de algunos programas en el mercado, provoca en ocasiones un doble efecto:

1. La obtención de importantes ingresos económicos por parte de los empresarios dedicados a la elaboración de ordenadores y de programas, por la venta de sus productos y ,
2. la proliferación de copias ilegales exactamente idénticas a la obra original y su comercialización en el mercado clandestino por un precio sensiblemente inferior al del original copiado, ocasionando importantes pérdidas económicas a las empresas informáticas. Este efecto es un fenómeno más amplio que algunos lo identifican como ¨la cultura del pirateo¨ (libros, fonogramas, películas de videos o señales televisivas) correspondientes a emisoras de pago, son junto a los ya referidos programas de ordenador, algunos de los objetos de pirateo más habituales. Por lo que respecta a los programas informáticos, según datos de la Business Software Alliance y la Software Publishers Association, de los 523 millones de programas informáticos utilizados en 1996 en todo el mundo, 225 millones, esto es casi la

mitad, eran piratas. Ello representó entonces una pérdida de 11,2 billones de dólares.

No es difícil inferir que las implicaciones de un entorno global digitalizado donde las personas actúan desde el anonimato son altamente conflictivas con un sistema de regulación de conductas y atribución de responsabilidades por los actos que se realizan, como lo es el derecho, lo cual hace muy dificultoso establecer regulaciones eficaces en el ciberespacio.

Aún más, algunos autores estiman que la relevancia de la ley como medio de protección de los derechos del autor, se encuentra en franca disminución en la era digital, pues sostienen que: los modelos empresariales y las herramientas tecnológicas evolucionarán en el tiempo para hacer de la ley de derechos de autor una herramienta cada vez menos importante para modelar la conducta de los usuarios en Internet.

En mi opinión aún y cuando el tiempo implique o genere desarrollo, fundamentalmente para las nuevas tecnologías, el derecho de autor juega un papel preponderante y de excelencia para la protección de la creación de las obras pues, las regulaciones jurídicas antes mencionadas protegen los derechos de los autores creadores de este tipo de obras.

Para muchos el propósito *de estos* avances consisten en impedir la reproducción ilegal de productos intelectuales creados con un fin, un objetivo y un destino como los sistemas de codificación y la creación de discos compactos no reproducibles y se ciñen en las vías tecnológicas, absolutizando incluso, la protección de su creación a este medio, degradando la protección jurídica que le aporta el derecho de autor; donde se destacan:

- La fabricación de discos compactos que no pueden ser reproducidos en los computadores, lo cual haría inútil el empleo de aparatos como quemadores de discos compactos, así como la elaboración de copas en las computadoras y, con ello, su distribución a través de internet.
- La inclusión de limitaciones en la obra.
- Existe también una antigua técnica de ocultación datos que se llama ¨estegnografía¨la cual viene del griego stegos, que significa cubierta, por lo que estecnografía significaría ¨escritura oculta´, la cual está muy relacionada a la criptografía, es por tanto

el conjunto de técnicas que nos permiten ocultar o camuflar cualquier tipo de datos.

Sin embargo para muchos hoy en día aún resulta poco claro la posibilidad real de ejercer un control sobre el uso de las obras protegidas por el derecho de autor en internet y en especial la protección de los programas de ordenador; ya que el uso de las obras protegidas por este derecho no cuenta con una regulación específica cuando el acceso a las mismas se realiza en el entorno global de la red.

Ahora, bien, es una realidad que en la red se pueden imponer ciertas restricciones, como lo son las claves de acceso, las Watermarks o la fabricación de discos compactos que no pueden ser reproducidos en los computadores, pero es una realidad también, que estas pueden violarse de manera fácil, así que, aunque se tenga una gran cantidad de protección, hay que tener en cuenta la posibilidad de que esta no sea suficiente, y se haga más necesario el peso de la ley en este sentido.

Por otra parte, el internet es un complejo de sistemas de intercomunicación de computadoras y redes de computadores con alcance mundial, que ofrece indeterminados servicios como: el correo electrónico, o e-mail y otros, por cuanto estos, son medios que permiten una intercomunicación y disponibilidad de las creaciones del intelecto humano nunca antes visto, esta red de redes forma parte una comunidad real, llamada también Ciberespacio, conformada por personas que pueden interactuar entre ellas a voluntad, internet se encuentra realmente abierta a cualquier persona que quiera ingresar sin importar orígenes, nacionalidad ,limitaciones físicas y geográficas etc.

Pero la facilidad con que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a quienes tengan un interés legítimo en proteger el derecho de explotación exclusivo del titular del derecho de autor de una obra, a tener que recurrir más a la tecnología que a las leyes en sí mismas, como serían los dispositivos de autopreparación.

Es evidente que los informáticos y las personas que son capaces de crear estos programas o desarrolladores de sistemas informáticos y sus softwares, no tienen la claridad absoluta de la necesidad de proteger sus derechos y del papel que desempeña el derecho de autor en este sentido o sencillamente llevan en detrimento esta instituci-

ón. No cabe dudas que el derecho de autor merita un despertar y fundamentalmente en los países en desarrollo, sin hacer un análisis profundo del asunto, pues las regulaciones de estas deben enfocarse más en los adelantos que propicia la ciencia y la técnica.

¿Dónde puede registrarse su obra?

**Registro Nacional del Derecho de Autor**

Radica en la sede del CENDA, con un horario de 9.00 a.m. a 12 se realiza el registro y depósito de obras, actos y contratos. Los tipos de obras que se pueden registrar integran el vasto catálogo de las manifestaciones artísticas y literarias, entre ellas: pinturas, fotografías, novelas, cuentos, poesía, obras de teatro, coreografías, guiones cinematográficos, libretos de radio y televisión, obras musicales, programas de computación y bases de datos, entre otros.

Resulta ser una prueba a primera vista ante tribunales, así como una garantía jurídica de la condición de su autoría y titularidad, por tanto, le es útil no solo a los creadores, sino también a las empresas y entidades que encargan.

**La actualización del modelo económico**.

En la actualización del modelo económico cubano, es considerado por los autores la necesidad de ganar en cultura jurídica por parte de los empresarios y de los ciudadanos en general, la que hoy no se manifiesta de forma adecuada en su mayoría por parte de los directivos vinculados con esta actividad y de las personas que deben aplicar su titularidad en su producción en relación a lo que dispone la norma jurídica, lo que pueden dar lugar a la posible comisión de delito en el ámbito empresarial.

En los lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución aprobados en el pasado 6to Congreso del Partido en Cuba y ratificados por la Asamblea Nacional de Poder Popular, se señala la importancia que reviste fortalecer las capacidades de prospección y vigilancia tecnológica y la política de protección de la propiedad industrial en Cuba y en los principales mercados externos.

De aquí la necesidad de continuar en el perfeccionamiento de las disposiciones jurídicas vinculadas a la protección de este derecho en las empresas cubanas del sector estatal, como forma protectora en el mercado interno y el foráneo. Lo que nos ha permitido arribar a las formulaciones a manera de conclusión.

## 3 - Conclusiones

El fenómeno del uso masivo de la informática afecta, en primer lugar, a los sistemas informáticos u ordenadores, que ha dejado de ser un bien escaso, para convertirse, prácticamente, en un producto de masas, esto ha provocado un incremento espectacular en las demandas de los programas informáticos que necesitan de la tutela adecuada del derecho de autor para la protección de los derechos del autor de una obra, para la realización, producción y distribución de determinadas informaciones y contenidos especialmente valiosos, desde un punto de vista económico y social frente a los riesgos de una apropiación indebida de dicha información y contenidos por terceros.

La protección jurídica de las creaciones intelectuales relacionadas con la informática presenta dos rasgos peculiares: de un lado la globalización de la economía la cual ha propiciado o está propiciando desde el comienzo una respuesta internacional que asegure una regulación básicamente uniforme a escala mundial, permitiendo que se ajuste a las nuevas reglas en el sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual y que, no sea excesivamente traumático. Para ello se encuentran regulada la protección de los programas de computación siempre y cuando cumplan con el requisito de originalidad como obras literarias, a nivel nacional e internacional así como las Bases de Datos

Además de la Ley 14 de 1977 y los tratados internacionales que protegen los derechos de los autores de programas de computación y bases de datos, existen disposiciones específicas para estos tipos de obras, fue dictada la Resolución Conjunta No. 1, de 21 de junio de 1999 entre el Ministerio de Cultura y el SIME (Sidero Mecánica), la cual establece el reglamento para la protección de los programas de computación y bases de datos, en cuanto a su creación, concertación de contratos, así como su explotación comercial.

Los criterios de los involucrados en las creaciones de este fenómeno del entorno digital, las nuevas tecnologías y la comunicaciones tienen como tendencia en los momentos actuales favorecer más a la

tecnología a través de los dispositivos de autopreparación que a las leyes, producto a la facilidad con que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a quienes tengan un interés legítimo en proteger el derecho de explotación exclusivo del titular del derecho de autor de una obra, a tener que recurrir más a la tecnología que a las leyes en sí mismas.

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos de copia, uso y modificación. Lo único que no está permitido hacer es que se apropien de ella.

**5 - Referencias bibliograficas:**

1. ÁLVAREZ TABÍO, Dr. Fernando. Comentarios a la Constitución Socialista, Editorial Pueblo y Educación, 1988. La Habana. Cuba.
2. BARRERA GRAF, Jorge. El Derecho Mercantil en la América Latina. Editora Universidad Nacional Autónoma de México. 1963.
3. BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A, Madrid, España, 1991.
4. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Tratado de Derecho Mercantil. Tomos I y II. Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Ley general de sociedades. Títulos valores. 2004.
5. BAUZÁ REILLY, Marcelo: *Nombres de Dominio y Derecho. Problemática y Líneas Evolutivas.* Revista de Derecho e Informática. Disponible en http: www/ funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html.
6. BENVENUTO VERA. Ángelo: El Delito Informático, Ley 19.223. Disponible en http: www.hes-cr.com/secciones/dere-info.htm.
7. COLECTIVO DE AUTORES, Selección de Lecturas de Derecho de Autor. Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.
8. CEPEDA C., Verónica: *Hacia la Seguridad-Imperio de la Ley*. Diario La Hora, Quito, Ecuador.
9. CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, Buenos Aires, Editorial Heliatra S.R.L., tercera edición,

1989, Tomo II, volumen 3, página 362. Argentina.
10. COLECTIVO DE AUTORES, Nociones de Derecho Mercantil, Editorial Félix Valera, Ministerio de Educación Superior. La Habana. Cuba. 2004, pág.17.
11. COLECTIVO DE AUTORES. *El Perfeccionamiento empresarial en Cuba*. Editorial Félix Varela. La Habana. 1999.
12. COLECTIVO DE AUTORES. La empresa y el empresario en Cuba. Editora ONBC. La Habana. Cuba. 2000.
13. COLECTIVO DE AUTORES: Nociones de Derecho Mercantil (para estudiantes de contabilidad), 1ª ed., Editora Félix Varela, Ministerio de Educación Superior. La Habana, 2004.
14. COLECTIVO DE AUTORES. *La nueva Universidad Cubana y su contribución a la universalización del conocimiento*. Editora Félix Varela. La Habana. Cuba. 2006. Págs. 361-389.
15. COLECTIVO DE AUTORES, Temas de Derecho administrativo cubano. Editorial Félix Varela. La Habana. Cuba. 2005.
16. COLECTIVO DE AUTORES. Estudios de Derecho Administrativo. Editora Félix Varela La Habana. Cuba 2005.
17. COLECTIVOS DE AUTORES. Derecho Constitucional Cubano. Editorial Félix Varela La Habana 2005.
18. CAÑIZARES ABELEDO, Dr. Fernando. Teoría del Estado y el Derecho Tomo I, II. Editora Pueblo y Educación. La Habana 1979. Cuba.
19. CRUZ, Marta y Emilia Horta Herrera: Selección de lecturas de Propiedad Industrial (2 tomos), Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003.
20. FIRMA ELECTRONICA. Ley 59 de 2003, de 19 de diciembre. Disponible en http: www.cddhcu.gob.mx/camdip/foro/df/ser_tel.htm.
21. UNED. Revista Iberoamericana de Derecho Informático. XIV Tomos. España. 1.996.
22. URÍA, Rodrigo: Curso de Derecho Mercantil, Editorial Marcial Pons, Madrid. España. 2003.
23. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y derechos conexos,* Tomos I y II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.
24. LÍBANO MANZUR, Claudio: Los Delitos de Hacking en sus diversas manifestaciones. Disponible en http://www.

comunidad.derecho.org/ peru. html.
25. Ley Especial Contra los DELITOS INFORMÁTICOS, Venezuela, artículo 2.l).
26. LINEAMIENTOS DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA. 6to congreso. Año 2011.
27. GONZÁLEZ Gómez, Diego: *Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos*. Revista de Derecho e Informática. Disponible en http: www/ funredes.org/mistica/ castellano/emec/producción/memorias6/0906.html.
28. GARCÍA NOGUERA, Noelia- DELITOS INFORMÁTICOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Pág. 5
29. Ley No. 19.223 De los DELITOS INFORMÁTICOS, Chile, prólogo.
30. GIRALDO, Jaime. INFORMÁTICA JURÍDICA DOCUMENTAL. Temis. Colombia. 1990. Pág. 192.
31. RODRIGO URÍA Y MENÉNDEZ AURELIO (Coordinadores). Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Civitas S.L, Reimpresión, Madrid, España, 2001.
32. RUIZ DE VELASCO, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil, Editores Deusto S.A., Bilbao, España, 1992
33. MAGLIO, Marco. LA TUTELA DEI DATI PERSONALI. Napoli, Edizioni Giuridiche Simone. 1999.
34. MAZEAUD, Jean. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Parte Primera. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.
35. SAGUES, Néstor. HABEAS DATA: SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL, en AAVV, Lecturas Andinas Constitucionales N° 3, Comisión Andina de Juristas, Perú. 1994.
36. SALAZAR, Edgar. CIBERNÉTICA Y DERECHO PROCESAL CIVIL. Ediciones Técnico-Jurídicas. Caracas. 1979. Pág. 264.
37. TÉLLEZ, Julio. DERECHO INFORMÁTICO. 2a. Edición. México. 1996. Pág. 283.
38. GONZÁLEZ GÓMEZ, Diego: Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos. Revista de Derecho e Informática. Disponible en http: www/ funredes.org/mistica/ castellano/emec/producción/memorias6/0906.html.
39. VILA NOYA, MSc. Lisette: El trabajo por cuenta propia en

Cuba. Trabajo de ejercicio académico que le sirvió para homologar en Cuba el título de Máster en Derecho Mercantil y Financiero de la Universidad de Barcelona. España. Editora ONBC. 1999. La Habana. Cuba.

40. VIVANTE, César. Derecho Mercantil. Tribunal Superior de Justicia Federal. Universidad de Bolonia. Italia. Editora Madrid. España. 2003.
41. VIAMONTES GUILBEAUX, Dra. C. Eulalia. Derecho Laboral Cubano Teoría y Legislación, segunda edición, Tomo I, editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
42. _____, Instituciones del derecho laboral cubano. La Habana. 2008. Editorial Félix Varela. Cuba.
43. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. ONU. 1993. Regulaciones sobre el Derecho Mercantil.
44. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ONU. Regulaciones sobre el autoempleo, el trabajo por cuenta ajena.
45. ZAVARO Barbano, León y Martínez García, Ceferino: Auditoría Informática. Consultoría Jurídica Internacional.

**Normas jurídicas consultadas:**

46. Constitución de la República de Cuba. Reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular. Granma, Ciudad de La Habana, edición especial MINJUS, junio 1992. Gaceta Oficial Extraordinaria no. 3, de 31 de enero de 2003.
47. Código de Comercio de 1885 de la República de Cuba.
48. Ley No 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Modificaciones al amparo del Decreto Ley No. 241. (2006)
49. Ley No. 14 de 1977, Ley cubana de Derecho de Autor
50. Ley No. 49 de 28 de diciembre de 1984, Código de Trabajo. Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GOE No. 3 de 24-04-1985.
51. Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil (1989): Ed. Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana. GOE No. 9 de 15-10-1987.
52. Ley No. 62 de 30 de abril de 1988, Código Penal (2004). Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GO Esp. No. 3 de 30-12-1987.

53. Ley No. 73 de 4 de agosto de1994, Ley del Sistema Tributario (s. f.): Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GO Ext. No. 8 de 5-08-1994.
54. Ley No. 77 de 5 de septiembre de 1995, Ley de la Inversión Extranjera, Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GOE No. 3 de 6-09-1995.
55. Ley No. 107, de 1 de agosto de 2009. Ley de la Contraloría General de la República.
56. Ley No. 113, Ley del Sistema Tributario. GOE No. 53, de fecha 21-11- 2012.
57. Decreto Ley No. 67 de 1979. De organización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 9 de 19-04-1983.
58. Decreto Ley No. 99 de 1987. De las contravenciones personales. Gaceta Oficial Extraordinaria de 25 de diciembre de 1987. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 12 de 25-12-1987.
59. Decreto Ley No. 141 de 8 de septiembre de 1993 del Consejo de Estado, Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
60. Decreto Ley No. 147 de 1995 De reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. no. 2 de 21-04-1994.
61. Decreto Ley No. 174 de 9 de mayo de 1997 del Consejo de Estado, De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia. Publicado en la Gaceta Oficial de la República, edición ordinaria, de 30 de junio.
62. Decreto Ley No. 199, sobre la seguridad y protección de la información oficial.
63. Decreto No. 100 de 1983. De la Inspección Estatal. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GOO no. 14 de 10-02-1982
64. Decreto No. 308 de 2012. Reglamento de las normas tributarias y los procedimientos tributarios. GOE No. 53 de 2012.
65. Resolución No. 1 del Ministerio del Interior. Reglamento sobre la seguridad y protección de la información oficial.
66. Resolución del Ministerio del interior. Reglamento para la

Criptografía y el Servicio Cifrado en el territorio Nacional.
67. Resolución No. 6 de 1996. Reglamento sobre seguridad informática. Ministerio del Interior.
68. Resolución No. 60 de 2011. Sobre del sistema de control interno. Contraloría General de la República.
69. Normas de Auditoría. Ministerio de Auditoría y Control. Manual del auditor. República de Cuba.
70. Resolución Conjunta No. 1 de 18 de abril de 1996, "Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia" del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Finanzas y Precios. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
71. Resolución No. 11 de 25 de marzo de 2004 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
72. Resolución No. 9 de 11 de marzo de 2005 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
73. Instrucción No. 27 de 15 de junio de 2006 del Viceministro de Trabajo y Seguridad Social, "Procedimiento para otorgar la Licencia para ejercer el Trabajo por Cuenta Propia". Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
74. Compendio de Regulaciones del Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia y los procesos de reducción de plantillas infladas, Empresa Poligráfica, Holguín, 2011. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

**Diccionarios consultados:**

75. DICCIONARIO DIGITAL LARROUSE. 2010. Versión Windows.
76. DICCIONARIO CERVANTES. Autor: Alvero Francés, F. Editorial Pueblo y Educación. La Habana. Cuba. 1980.
77. DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS. Autor: Sainz de Robles, F. C La Habana. Editorial Científico Técnica. Cuba. 1978.
78. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1997.
79. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Argentina. 1976.
80. DICCIONARIO DE TERMINOS INFORMATICOS. 2003. Editora Ciencias. Cuba.

**Páginas web consultadas:**

81. http://vlex.it/vid/informatica-juridica-derecho-informatico-

37801867#ixzz1JqNFh6qT. Consultado el 10 de diciembre de 2012.
82. http:// law.com – newswire. Ius cibernética. Consultado 10 de diciembre 2012.
83. http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=292. Consultado 10 de diciembre 2012.
84. www.ecured.cu/ Trabajador_por_cuenta_propia/ 24 de octubre de 2012.
85. www.cubadebate.cu/ trabajo-por-cuenta-propia-emplea-ya-a-330-000-cubanos/24 de octubre de 2012.
86. www.cubasi.cu/ index.php?...trabajo-por-cuenta-propia/24 de octubre de 2012.
87. www.slideshare.net/rosafol/el-trabajo-por-cuenta-propia/24 de octubre de 2012.
88. es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral/24 de octubre de 2012.
89. www.e-conomic.es/programa/glosario/trabajador-cuenta-ajena/24 de octubre de 2012.

# LA AUDITORÍA AMBIENTAL DENTRO DEL DERECHO AMBIENTAL. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL QUE LA INFORMAN, ROL DE LA EFS-CONTRALORÍA GENERAL EN CUBA.

MsC. Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Profesor Auxiliar
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Universidad de Granma
República de Cuba
Email: aantunez@udg.co.cu, alcides.grm@infomed.sld.cu

**Sumario:**

1 - *Íter* histórico de la auditoría ambiental en el Derecho Ambiental
2 - Los principios del Derecho Ambiental que informan a la auditoría ambiental
3 - Elementos y principios de la auditoría ambiental, rol de la EFS-CGR.
4 - Conclusiones
5 - Bibliografía.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 266-298

## 1 - *Íter* histórico de la auditoría ambiental en el Derecho Ambiental.

La preocupación mundial por la protección ambiental ha alcanzado importancia y magnitud en los últimos años y se ha convertido en temática de interés para la mayoría del empresariado, ante las consecuencias negativas generadas por la contaminación industrial al generar daños ambientales.

Esta protección se manifiesta en tres dimensiones, la económica, la social y la ambiental.[1] Donde el desarrollo industrial, bien equilibrado es esencial para generar recursos, empleos y promover la educación ambiental, como bases del bienestar social y la calidad de vida, para lograr con ello un desarrollo sostenible.[2]

Es así, que el desarrollo tecnológico no puede ser depredador del ambiente, el Derecho se instituye como medio para favorecer su desenvolvimiento ambientalmente amigable. Toda vez que, paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico, que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy, más que nunca, se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue presente la incertidumbre científica sobre sus efectos sobre el medio ambiente y la salud humana. En diferentes países, las construcciones jurídicas originadas desde el Derecho Administrativo hacia el Derecho Ambiental, reconocido como Derecho Administrativo Ambiental por autores como Sanz Larruga, Betancort Rodríguez y Mora Ruiz, han permitido diseñar las pautas y límites al fenómeno progresivo de la contaminación industrial.[3]

Dentro de esta doctrina analizada se aprecia la regulación de la ins-

---

[1] LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental,* responsabilidad de la Administración y el ciudadano en la protección ambiental con la auditoría, 1era edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F, 2008, pp.1-37.

[2] RODRÍGUEZ CÓRDOVA, Roberto, "*Manual de gestión ambiental de las empresas"* en, Revista Economía Agrícola, Nicaragua, 2008, pp.1-177.

[3] SANZ LARRUGA, Francisco, *Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible*, VI Congreso de la Asociación de profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, España, 2011; MORA RUIZ, Manuela, "*La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?*" en, Revista Actualidad Jurídica Ambiental, España. 2014.

titución jurídica de la auditoría ambiental como una herramienta de gestión ambiental.[4] Es el sector industrial, como generador de daños ambientales contrarios al desarrollo sostenible, el que ha permitido desarrollar políticas ambientales, que al implementar los SGA y el uso de tecnologías limpias, permiten reducir la contaminación ambiental dentro de los límites permisibles.[5]

Por lo que, la preocupación de los empresarios ante la problemática ambiental declarada en los cónclaves universales ambientales, como elemento para disminuir la contaminación generada por las industrias; es considerado por este autor que las respuestas dadas hasta ahora por los líderes de los Estados no han sido adecuadas en su mayoría, al no existir consenso en adoptar acuerdos para mitigar la contaminación ambiental que afecta el equilibrio natural del planeta.

Es por ello, que análisis en esta dirección deberían evaluar los efectos de la contaminación en el hombre, de los sistemas ecológicos e implementar SGA; también convendría aprecia este autor, distinguir la contaminación natural y la contaminación industrial desde el comienzo de la humanidad, acelerada a partir de la revolución industrial, como la generadora de graves problemas ecológicos -crisis ecológica- y de la no adecuada prudencia ecológica, para lograr el desarrollo sostenible.[6]

---

[4] LOZANO CUTANDA, Blanca, *Manual de Derecho Administrativo Ambiental,* antecedentes del *Ius ambientus*, reconocido en el *Ius comune;* preocupación de los problemas de salubridad ambiental y los agentes contaminadores industriales, permitió crear normas de control ambiental y dictar límites a las actividades insalubres, 3era edición, Editorial Dykinson, España, 2003, pp.2934; MORA RUIZ, Manuela, "*Tendencias del Derecho Administrativo Ambiental: análisis de legislación y jurisprudencia"* en, Revista Derecho y Conocimiento, Volumen 2, España, 1993, pp.419-436.

[5] FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio, "*Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental,* la auditoría ambiental" en, Boletín Económico ICE, número 2824, España, 2004, pp.27-43; CAFERRATA, Néstor Alfredo, "*Teoría de los principios del Derecho Ambiental*" en, Revista Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2009, pp.20-55.

[6] MENDEZ GUTIERREZ DEL VALLE, Ricardo, "*Teoría de las revoluciones industriales*", tres son revoluciones, la primera en la industria metalúrgica y textil, la segunda con el motor de explosión-explosivos químicos, la industria del automóvil, la industria siderúrgica y la producción de aparatos eléctricos, la tercera con la biotecnología, la microelectrónica y la informática -1800-2007- en, Revista del Ministerio de Fomento, España, 2009, pp.7-29.

Desde este punto de vista, los análisis realizados por este autor desde la doctrina contable y desde la doctrina *ius* ambientalista en los países de Iberoamérica y de la Unión Europea, reconocen a la auditoría ambiental como la herramienta de gestión capaz de evaluar y sentar de manera adecuada las bases de las políticas ambientales en las empresas, permite ejecutar los análisis de los riesgos ambientales generados en el desempeño de una actividad y evaluar su impacto con la integración de otras herramientas, posición con la que este autor coincide.[7]

La misma se aprecia, como es practicada de forma voluntaria y obligatoria en el ordenamiento jurídico que la regule,[8] su ejecución fusiona el objetivo prioritario de la empresa, la obtención de beneficios y el cumplimiento de la protección ambiental. Con ello se contribuye al desarrollo compatible con la conservación ambiental, con un equilibrio entre ambos, postura compartida por este autor.[9]

La literatura científica nos señala la obra de Paccioli publicada en 1494, con la teoría de la "partida doble"[10], esta evidencia que desde el año 254 a. n. e. se inspeccionaban y comprobaban las cuentas, factor que permitió la evolución paralela de la actividad de la auditoría como resultado de la práctica de la contabilidad, como ciencia y herramienta de los especialistas formados con el desarrollo industrial.[11]

Otros datos y documentos confirman a este autor, que en los finales

---

[7] ARISTAZABAL OSSA, Hugo, "*Auditorías ambientales, evaluación ambiental estratégica",* génesis de la evaluación de impacto ambiental y la auditoría ambiental en, Revista de la Contraloría, Colombia, 2010, pp.29-66.

[8] GOMES CANOTILHO, José, *Política pública ambiental de la Unión Europea,* utilizada por el empresario y en la práctica de la auditoría pública, Editorial Universidad Abierta, Portugal,1998, pp.78-105.

[9] PNUMA-ONU*, Plataforma para una industria ecológica a nivel mundial, políticas y prácticas,* eficiencia en el uso de recursos naturales, energéticos y las energías renovables, facilidades financieras en la industria amigable con el ambiente, la transferencia de tecnologías y el fomento de industrias no contaminadoras, Estados Unidos de América, 2012, pp.17-45.

[10] TUA PAREDA, José, "*Pacioli, la partida doble y el renacimiento"* en, Revista de Contabilidad, España, 2012, pp.1-23.

[11] TUA PAREDA, José, "*Evolución y situación actual del pensamiento contable en la empresa"* en, Revista Legis de Contabilidad & Auditoría, número 24, Colombia, 2008, pp.4-19.

del siglo XIII y principios del XIV se auditaban las operaciones de los funcionarios públicos que tenían a su cargo los fondos del Estado. Para 1799 ya existían firmas acreditadas de contadores públicos en países como Escocia, Estados Unidos de América e Inglaterra, fueron los primeros en los cuales tomó relevancia la contaduría pública ligada a la práctica de la auditoría pública.[12]

Otros estudios realizados desde las ciencias contables, indican que la práctica de la auditoría nació en Gran Bretaña durante la primera mitad del siglo XIX y se extendió a otros países de la cultura empresarial anglosajona, como forma de hacer fiable la información contable e incrementar la transparencia en el mercado de valores ante el desarrollo económico y la expansión de las relaciones económicas, ante la exigencia de sus estados de cuentas, ligada a la actividad del comercio, al reavivar la confianza y la competencia en estas relaciones.[13]

En el siglo XX, fueron incluidas normativas jurídicas de la auditoría, por voluntad de la Administración Pública; así se fortaleció el trinomio contabilidad, auditoría y Derecho con regulaciones dirigidas a la protección de los activos contables contra las posibles transgresiones, para ello eran revisados los estados de cuentas de las empresas por los auditores, para dar confiabilidad al uso del presupuesto. Este autor, valora la trascendencia que posee la protección del bien jurídico ambiental, reflejada en la contabilidad directa o indirecta, por su influencia en el desarrollo de la investigación y la evolución de la actividad auditora, como meta hacia el desarrollo sostenible, al permitir evaluar el equilibrio entre el progreso y el ambiente a través del control ambiental realizado por la EFS.[14]

---

[12] ELSTEIN, Steven, "*El alcance global como órgano público de las EFS"*, enfoque local de los gobiernos en la protección ambiental en 192 países, por Contralorías, Tribunales de Cuentas, Oficinas de auditoría y Oficinas de gobierno contables para controlar los recursos públicos, mutando desde finales del siglo XX al control ambiental en, Revista de Auditoría Gubernamental, INTOSAI-ECOSOC-ONU, Estados Unidos de América, 2012, p.15; VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José, "*Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental"* en, Revista de Derecho Público, número 80, Chile, 2014, pp.143-162.

[13] BASURTO GONZÁLEZ, Daniel, "*Responsabilidad social y ambiental en las empresas",* gestión de calidad, medio ambiente, prevención de los riesgos laborales, competitividad empresarial y certificación ambiental en, Revista Política y Gestión Empresarial, México D.F., 2012, pp.33-39.

[14] PNUMA-SEMARNAT*, Economía ambiental: lecciones de América Latina,* México D.F., 2010, pp.7-303.

Es por ello, que la EFS-INTOSAI, a partir de su surgimiento en 1953, como el órgano público encargado de fiscalizar la regularidad de las cuentas y de la gestión financiera pública, constituida como una organización no gubernamental con un estatus especial en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; es así que en todas las regiones geográficas del planeta, poseen un reconocimiento en los ordenamientos jurídicos como Tribunales de Cuentas, Contralorías Generales, Oficinas de Auditoría y como Oficinas de Contabilidad del Gobierno.[15]

La situación antes apuntada, lleva a analizar a este autor, la conexión de los problemas ambientales y la práctica de la auditoría, apreciada con los orígenes del *ius* ambientalismo, como parte de la agenda pública internacional. Es así, que las conferencias ambientalistas desde Estocolmo hasta las de Río de Janeiro, han debatido los problemas ambientales del planeta y las medidas para su mitigación, han hecho aportes significativos en el desarrollo de la institución jurídica como parte de las herramientas de gestión, reconocida desde la doctrina contable y su tránsito hacia la jurídica.[16]

La literatura científica examinada de autores como Martin Mateo, Caferrata, De Besa Antunes y Harrison, revelan que la auditoría ambiental se originó en la década de los 70 del pasado siglo en los Estados Unidos de América. En este contexto, esta tipología de auditoría surgió con el objetivo de evaluar la salud de la empresa, con el fin de servir como una herramienta de dirección para la gestión ambiental, ante el aumento y la complejidad de la normativa jurídica estadual y federal en esta nación.[17]

Se destaca asimismo, que en la década de los 80 del pasado siglo, se extendió a la Unión Europea como consecuencia de los intereses de las subsidiarias estadounidenses radicadas en dicho continente. En los países bajos, se señala al año 1984 y a Holanda como el

---

[15] LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio, "*Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de auditoría*" en, Revista Auditoría Pública, número 61, Granada, España, 2013, pp.6-19.

[16] PNUMA-ONU, *Cumbre mundial del medio ambiente,* problemas ambientales mundiales, Brasil, 1995.

[17] LEE, Harrison, *Manual de auditoría medio ambiental. Higiene y seguridad,* política ambiental desde 1969, cuerpo legislativo sobre la evaluación de impacto ambiental en leyes federales y estaduales, 2da edición, Editorial Mc Graw-Hill, Estados Unidos de América,1998, pp.7-29.

primero en incorporarse a la práctica de este tipo de control. Sus exigencias legales, han estado marcadas en su regulación normativa dentro de sus derechos internos.[18] Como resultado del compromiso respaldado por la comisión Brundtland en 1987, donde fue formulada la propuesta de (… "un desarrollo sustentable que satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas"…)[19] Sin embargo, a partir de todas las afirmaciones anteriores, permiten a este autor considerar que las EFS en el año 1995 del siglo pasado, la reconocen como una herramienta de gestión ambiental, aunque otros estudios contables consideren su génesis vinculada a la contabilidad y a la auditoría social, relacionada con la implementación de la responsabilidad social empresarial en las formas de gestión.[20] En todo este escenario internacional, de análisis y discusión por parte de los líderes mundiales sobre la problemática ambiental global y las medidas a tomarse para su mitigación, es que nace esta herramienta para evaluar los índices de la contaminación.

Es así, que con la aparición de la auditoría ambiental, herramienta de gestión de las EFS, vinculada con los principios y normativas jurídicas del Derecho Ambiental, regulada por los Estados en normas jurídicas especiales para su uniformidad, en temáticas como la responsabilidad ambiental, la cuantificación de los daños ambientales y la responsabilidad social empresarial -ambiental-; elementos estos que a consideración de este autor le han permitido evolucionar al transcurrir el tiempo, en relación con el país que la aplique y al desarrollo tecnológico industrial que este posea por su relevancia

[18] MURAD ROBLES, Pedro, *La auditoría ambiental voluntaria, concepto, antecedentes, fundamentación jurídica y evaluación,* ejecutada a solicitud del empresariado de manera voluntaria, Editorial Porrúa, México D.F., 2009, pp.263-303.

[19] HARLEM BURTLAND, Gro, recibió el encargo de presentar el informe nuestro futuro común por las Naciones Unidas, ONU, Estados Unidos de América, 1984, pp.1-33; GALLOPIN, Gilberto, "*Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico"* en, Revista serie Medio Ambiente y Desarrollo CEPAL, Chile, 2013, pp.1-69.

[20] PAEZ SANDUBETE, José, *Contabilidad, auditoría y medio ambiente*, II Reunión sobre contabilidad, auditoria social y medio ambiente, Valencia, España, 1999; CORDERO MARQUEZ, Beatriz, "*Responsabilidad Social Corporativa"* en, Boletín CIES, número 84, Barcelona, España, 2010; KRÉPS, Theodore, *La auditoría social: origen, metodología, aplicación y resultados,* criterios desarrollados a partir de impartir la asignatura actividad empresarial en la Universidad de Stanford, Estados Unidos de América, 1940.

desde el plano político, social y económico.
Este autor valora, la adición de los nuevos elementos tecnológicos, vinculados al comercio mundial, los que hacen a la auditoría ambiental más compleja, completa y dinámica por parte de los sujetos que la implementan. Por esto, las técnicas, métodos y objetivos de la auditoría como actividad de control han ido en ascenso, para poder atender y dar respuestas a las nuevas exigencias del mercado de bienes y servicios, donde aparece la empresa amigable con el ambiente[21], como solución viable para lograr el equilibrio entre el progreso y la protección ambiental. La empresa así catalogada, adquiere valor agregado intrínseco dentro de la ética empresarial, ello les permitirá incorporarla como una exigencia estratégica para lograr el binomio cultura y responsabilidad social[22], posiciones estas asumidas por Fernández de Gatta Sánchez, Diez, Muñoz-Martin y Vega Centeno, con las que este autor concuerda.
De igual forma, la práctica de esta tipología de auditoría, es reconocida como una actividad de control y a la vez como una herramienta técnica de gestión, la misma de por sí es de amplia aplicación por parte de las EFS. Toda esta evolución de la auditoría, materializada en correspondencia a las áreas geográficas donde se aplica, está relacionada con el nivel de desarrollo tecnológico de cada empresa e industria; este autor se incorpora a esta posición, al considerar el vínculo apreciado desde las ciencias sociales y las ciencias técnicas, por su transversalidad e interdisciplinariedad. Auditorías estas, promovidas por diferentes agentes que van desde los gobiernos hasta

---

[21] Norma ISO 26000:2010. *Guía sobre responsabilidad social,* provee a la empresa, al gobierno y la sociedad de herramientas en tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, ambiental y social, Suiza, pp.1-8, hptt//www.iso.org; BARROSO TANOIRA, Fernando, "*Responsabilidad social empresarial: concepto y sugerencias para su aplicación"* en*,* Revista de Ingeniería, número 11, México D.F., 2007, pp.1-8; KENNER THOMPSON, Judith, "*Conducta empresarial responsable como estrategia"* en, Revista de Ética Empresarial, Estados Unidos de América, 2010, pp.1-22.

[22] FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio, "*La responsabilidad social corporativa en materia ambiental*. *Estado de la cuestión",* instrumento de protección ambiental voluntario en la Unión Europea en, Boletín Económico, número 2824, España, 2011, pp.-18; MUÑOZ-MARTÍN, Juan, "*Ética empresarial, responsabilidad social corporativa y creación de valor compartido"* en, Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad, España, 2013, pp.1-13; VEGA CENTENO, Máximo, "*La ética empresarial como creación de valor*" en, Revista de Investigación, Facultad de Ciencias Administrativas, Universidad de Lima, Perú, 2010, pp.39-44

las organizaciones internacionales, relacionadas con esta tipología de control ambiental y que de manera directa o indirecta han accionado a partir de la publicación de las normas voluntarias ISO 14000, 19011 y las EMAS.[23]

De igual manera, guardan similitud los conceptos de los organismos internacionales que intervienen en las regulaciones vinculadas a esta actividad de control ambiental a través de la auditoría, al aplicarse los principios contables en esta evaluación. Es por ello, que la Asociación Americana de Contabilidad, la define como: …"proceso sistemático para obtener y evaluar de manera objetiva las evidencias relacionadas con informes sobre actividades económicas y otros hechos relacionados. Su finalidad consiste en determinar el grado de correspondencia del contenido informativo con las evidencias que le dieron origen, para determinar sí en dichos informes se han elaborado con la observancia de los principios establecidos para el caso"...[24]

En correspondencia con lo señalado hasta aquí, la expresión moderna de la auditoría ambiental, aparejada a su *íter* histórico y evolución analizadas por este autor, la consideran como la herramienta evaluadora del sistema de gestión ambiental; es el mecanismo clave para obtener información sobre la efectividad de la gestión de los directivos de las empresas, identifica los problemas asociados al trabajo en materia de seguridad y ambiente laboral, para poder determinar los nuevos desafíos ambientales, propone a su vez medidas de prevención y mitigación, complementada con la revisión contable ambiental, elementos con los que se coincide.

Está claro, que toda la problemática ambiental del siglo XXI, no podría ser analizada ni entendida sin tener en cuenta la perspectiva global que explicase sus raíces, como consecuencia de los múltiples factores como son los efectos de la crisis ecológica mundial, entre ellos: el aumento de las temperaturas, el agujero en la capa

[23] Norma ISO 14001:1998*, Sistemas de gestión ambiental. Especificación y directrices para su uso,* patrones de calidad voluntarios, certifican a la empresa el sector comercial, industrial y tecnológico, Suiza, 1998.

[24] ARMADA TRABAS, Elvira, *Teoría de la auditoría,* formación y superación de los auditores, Universidad de La Habana, Cuba, 2011; ALVARADO RIQUELME, María, *Teoría y práctica de la auditoría,* actividad profesional independiente, elabora un informe sobre la razonabilidad de los estados contables, muta al control ambiental en el siglo XX, Editorial Pirámide, España, 2014, p. 497.

de ozono, la desertificación, la acumulación de residuos radiactivos, la extensión de enfermedades como el cáncer, la malaria, la insalubridad del agua dulce, la inseguridad alimentaria, la contaminación urbana y el agotamiento de los recursos renovables y no renovables. Cuestiones estas consideradas por este autor, vinculadas de forma directa o indirecta con la institución jurídica investigada, al guardar relación con los problemas ambientales que hoy acontecen, al no aplicarse esta actividad de control ambiental en su mayoría por parte de las EFS, posición a la que me afilio.[25]

La EFS, como sujeto internacional regulador de esta actividad de control ambiental, establece las pautas para identificarla: …como la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; de la gerencia y de los equipos ambientales con el fin de proteger el ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y su evaluación. Y para cumplir las políticas ambientales establecidas por la empresa y las normativas legales establecidas, a partir de la institucionalización de su tutela ambiental...[26]

Caferrata, ha considerado la auditoría ambiental, como la descripción de los procesos y actividades desarrolladas por la empresa; la verificación del encuadre legal ambiental de los residuos sólidos y semisólidos, los efluentes líquidos, las emisiones gaseosas etc., generadas por la empresa. Deberá incluir: las líneas de producción, caracterización y los procesos de los residuos sólidos y semisólidos, la caracterización y proceso de las emisiones gaseosas, la caracterización y los procesos de los efluentes líquidos y las condiciones y medio ambiente del trabajo. Con esto, ofrece conclusiones con respecto al encuadre legal y la observancia de la normativa ambiental

---

[25] ARNER GUERRE, Ángel, *Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental,* implementa el sistema de gestión para mitigar la contaminación en, Libro Verde, Editorial Lex S.A., España, 2013, pp.123-342; MOGUEL LIÉVANO, Manuel, "*Los sistemas de gestión de calidad y ambiental: premisas para el desarrollo sustentable en las empresas"* en, Revista Thomson Reuters, México D.F., 2012, pp.1-6.

[26] ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, "*La auditoría ecológica, un instrumento en la gestión ambiental",* herramienta evaluadora de la contaminación empresarial en, Revista electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho, número 21, España, 2011, hptt//huespedes.cica.es/gimadus; NOGUERIA LÓPEZ, Alba, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Editorial Marcial Pons, España, 2000, pp.5-17._

específica de cada caso por parte de la empresa.[27] Concepto con el que este autor está de acuerdo, en atención a la relevancia que tiene este tipo de control para lograr empresas amigables con el ambiente que permitan el tránsito hacia el desarrollo sostenible y con ello el bienestar social.

Las normas ISO 14001 y 19011 la definen como: …"el proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría..."[28]

Al respecto, este autor reconoce las denominaciones análogas que desde la doctrina *ius* ambientalista toman posiciones autores, como: ecoauditoría, revisión ambiental, control ambiental, evaluación ambiental y vigilancia ambiental. Todas poseen un mismo significado y fin: conocer los niveles de contaminación de una empresa al emplear las tecnologías limpias, para obtener la certificación ambiental, conceptos con los que este autor coincide, por perseguir un mismo fin. [29]

En este ámbito, todos los criterios doctrinales, conceptos y regulaciones jurídicas consultadas por este autor, caracterizan a este tipo de auditoría por ser: … generalizada al abarcar los SGA, de revisión ambiental, puntual, de conformidad, de siniestros, de riesgos, de adquisición, de seguridad e higiene, de cumplimiento de la legalidad y de recursos.

Estos criterios tienen en cuenta el escenario a auditar donde se practicará, clasificadas como: de entorno interior y de entorno exterior. De este modo, autores consultados desde las áreas académicas y prácticas sobre esta tipología de auditoría, consideran que esta actividad de control reporta beneficios a los empresarios que aplican los SGA para conocer la contaminación generada, las fallas

---

[27] CAFERRATA, Néstor Alfredo, *Pequeño diccionario jurídico ambiental,* Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2012, p.47.

[28] Normas ISO 19011*, La auditoría ambiental y los sistemas de gestión*, Suiza, 1998.

[29] BELMONTE MARTIN, Ismael, "*La ecoauditoría: instrumento para la defensa del medio ambiente*, herramienta de gestión ambiental" en, Revista electrónica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche, España, 2010, p.13; LLOBET PARDO, Nidia, *Creación de una ecoauditoría en España: viabilidad e implantación por parte de una empresa norteamericana,* Editorial Trivium, España, 2010, p.11; MARTÍN MATEO, Ramón, *El hombre: una especie en peligro*, Editorial Campomanes Libros, España, 1993, p.11-12.

de sus sistemas productivos, la inobservancia de la legislación ambiental y tomar las medidas correctivas oportunas, complementada con la aplicación de la contabilidad ambiental. Tiene como función principal el control orgánico del flujo de los recursos sociales, los ambientales y naturales, al implementarse las tecnologías limpias. Se aprecia por este autor, que su regulación en los ordenamientos jurídicos analizados, aparece reconocida en leyes de contralorías y en las ambientales de forma mayoritaria.

Desde estos enfoques, este autor la define como la herramienta de gestión ambiental, la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la actividad industrial o de servicios desde diferentes indicadores medibles ejecutados por el equipo auditor, a partir de las pautas del programa de auditoría implementado para evaluar la parte económica- contable, la calidad, la seguridad laboral, el ambiente laboral, los SGA y el uso de las tecnologías limpias. Su objetivo, evaluar el impacto ambiental de la gestión empresarial generada sobre el ambiente y proponer las acciones correctivas para mitigar los efectos negativos identificados, concluye con la entrega de la certificación ambiental de empresa o industria no contaminadora -amigable con el ambiente.[30]

Al respecto, permitirá al empresario, obtener beneficios en materia de competencia en el comercio, con el valor agregado al obtener la etiqueta ambiental, al aplicar los códigos de conducta ambiental con las buenas prácticas ambientales como empresas amigables con el ambiente al ganar una adecuada ética empresarial, postura esta defendida por autores como Martín Mateo, Lorenzetti y Lozano Cutanda.[31] A las cuáles este autor se suma, a tenor de la relevancia que posee este tipo de control para preservar el ambiente y lograr el desarrollo sostenible.

---

[30] VIÑA VIZCAÍNO, Gustavo, "*Bases conceptuales de la auditoría ambiental como un instrumento en la prevención de la contaminación",* contabilidad ambiental en, Revista de Contabilidad, Colombia, 2003, pp.47-67; REAL FERRER, Gabriel, *Integración económica y medio ambiente,* Editorial Mc Graw Hill, España, 2008, p.86; PÉREZ, Efraín, "*Gestión pública ambiental"* en, Revista Conade, Ecuador, 2009, pp.1-47.

[31] MARTÍN MATEO, Ramón, *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental,* Editorial Trivium, España, 1994, pp.19-57; LOZANO CUTANDA, Blanca, "*La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea"* en, Revista de Gestión Ambiental, número 7, España, 2001, p.5; LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, la etiqueta verde en el campo comercial, 1era edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 2008, p.29.

Como herramienta de gestión empresarial[32], en los países de la Unión Europea, América Latina y el Caribe, se ha determinado que la auditoría ambiental es capaz de evaluar y sentar las bases de una política ambiental dirigida a los empresarios en las formas de gestión estatal y no estatal. La misma, tiene como finalidad, ejecutar el análisis de los riesgos ambientales que pudieran generarse en el desempeño de su actividad y evaluar los impactos ambientales. Entre otras características analizadas por este autor se coincide con la postura, que esta tipología de auditoría es obligatoria en relación a la forma que la regule la legislación, con la implementación de las normas ISO 14000, 19011 y las EMAS, así como los Acuerdos y Convenios de la EFS que desarrollan esta evaluación a nivel global; se manifiesta a su vez, la solicitada de forma voluntaria, la más requerida al ser mayoritaria la forma de gestión no estatal en otros entornos geográficos.

En su ejecución, conjuga el objetivo prioritario de la empresa: obtener beneficios económicos unidos a la protección ambiental para tributar al desarrollo económico compatible con la conservación ambiental y con ello lograr el equilibrio de ambos (EFS, la Asociación Americana de Contabilidad y el PNUMA).[33]

En correspondencia con ello, este autor analiza el vínculo que tiene esta actividad de control ambiental con los conceptos de economía y contabilidad ambiental establecidos por el PNUMA[34], necesarios para ejecutarla por el equipo auditor a través de un programa auditor, los que permiten evaluar el presupuesto financiero destinado a la protección ambiental y certificarlo; es por ello que en los ordenamientos jurídicos se dispone su tutela a través de leyes orgánicas del ambiente, en leyes de contraloría y en leyes especiales de la audito-

---

[32] *Vid. supra. p.18.*

[33] INZUNZA, Georgina, *Hacia la empresa ecológica. Afrontamos el próximo gran reto del siglo XXI,* La industria ecológica y el desarrollo sostenible, Editorial PEMEX, México D.F., 2009, pp.17-46; LINARES LLAMAS, Pedro, *Economía y medio ambiente: herramientas de valoración industrial*, Editorial Mc Graw-Hill, España, 2010, pp.1-29; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Consuelo, *"Empresas socialmente responsables y mercado verde internacional"* en, Revista Economía, número 36, México D.F., 2011, pp.59-78.

[34] NAESS, Arne, *"Los movimientos de la ecología superficial y la ecología profunda: un resumen",* caracteriza los síntomas y las causas culturales de la crisis ambiental, crítica los supuestos metafísicos, sistemas políticos, estilos de vida y valores éticos de la sociedad industrial en, Revista Ambiente y Desarrollo, Chile, 2007, pp.98-101.

ría ambiental en relación a los países de Iberoamérica contrastados en la investigación.
Está ligada en su práctica a otras herramientas de gestión ambiental ya establecidas, como son: la responsabilidad social empresarial, la responsabilidad ambiental y otros instrumentos económicos y tecnológicos que se aplican en su ejecución, con la reingeniería de procesos, haciéndola más compleja y completa.

## 2.- Los principios del Derecho Ambiental que informan a la auditoría ambiental

Como herramienta de gestión ambiental, este autor se afilia a la postura de vincularla a los principios del Derecho Ambiental, toda vez que con el transcurrir del tiempo esta tipología de auditoría se le han incorporado otros elementos, haciéndola más compleja en su aplicación y práctica por el equipo auditor que la ejecuta.
En correspondencia con esta afirmación, el haz de principios jurídicos que se consideran vinculados a la auditoría ambiental son:
La función de la auditoría pública continua siendo una acción preventiva al ser de -utilización sistemática por la empresa, facilita la observancia de la normativa ambiental y la eliminación o la reducción de los daños-, es compatible con el principio de prevención, toda vez que opera con el riesgo conocido o el real.
Se comprueba el vínculo que posee con el principio precautorio -toda vez que con la implementación de la norma ISO 26 000, le permite a los empresarios ejecutar acciones para conformar una empresa amigable con el ambiente-, ante la posible comisión de daños futuros o inciertos, al operar sobre el riesgo del desarrollo, como meta hacia el desarrollo sostenible ante riesgos posibles de la empresa o la industria, cuando se introducen nuevas tecnologías.
Se destaca el vínculo con el principio de cooperación -toda vez que las EFS cooperan entre sí, en la aplicación de las auditorías ambientales y otras tipologías de auditorías, es el caso de las auditorías de gestión cooperadas, ejecutadas para el control del uso del agua, en las cuencas hídricas y ríos.
Otro vínculo a destacarse, es con el principio de quien contamina paga, -contribución esta que se realiza a través de la tributación ambiental-, por parte de las empresas y la industria, destinada a reparar

los daños ambientales ocurridos.
Se destaca además, el vínculo que posee con el principio de responsabilidad ambiental, -la obediencia a la legislación en materia ambiental como parte de las políticas trazadas por la Administración Pública-, con la debida observancia por los sujetos auditados, la que le es exigible en sus tres aristas.
Con el principio de participación ciudadana también se vincula, toda vez que, -involucra al ciudadano a acatar las normas ambientales dirigidas a la protección ambiental, como un bien público para las generaciones de hoy y las generaciones futuras.
Otros principios presentes son, el de equidad intergeneracional y el de sostenibilidad ambiental, donde se conjugan las tres dimensiones, social, económica y ambiental a través de una fórmula que permita gozar de un ambiente adecuado para las futuras generaciones.
Con el principio de irreversibilidad y el de progresividad, en atención a la relevancia que posee la protección del ambiente, enriquecedor de los principios jurídicos consagrados en las cumbres ambientalistas, el que permite a la organización auditada reconocer el estado en que se encuentra en las acciones protectoras del ambiente y el de progresividad, que se traduce como la evolución sostenida en la protección ambiental por la organización auditada.
Todos estos principios cumplen una función de interpretación, de aplicación de la normativa, de integración, cubren los vacíos legislativos, sirven a la vez para renovar la normativa, acreditados como la base del Derecho Ambiental, señalado por autores como Caferrata, Lorenzetti, Belloti y Martín Mateo.[35]
Al tener su tutela la EFS, se vincula su práctica a otras herramientas de gestión y con la responsabilidad social empresarial -ambiental-. Ha ido en evolución con la aplicación de otros instrumentos que se le han incorporado desde el pasado siglo, como son las regulaciones y herramientas entre las que se destaca la cobertura financiera con el seguro ambiental, la aplicación de incentivos fiscales, la tributación ambiental, las tecnologías limpias y la responsabilidad

[35] CAFERRATA, Néstor Alfredo, *Principios del Derecho Ambiental*, elementos claves en el control ambiental a través de la auditoría, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2010, pp.7-69; BELLOTTI, María, *El principio de precaución ambiental*, Editorial Lerner S.R.L., Argentina, 2006, pp.13-32; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen I, Editorial Trivium, España, 1991, p.93.

objetiva en relación a los principios del Derecho Ambiental y de la función auditora. [36]

Desde el plano jurídico, este autor analiza los criterios de juristas dedicados al estudio de esta rama del Derecho, como Lozano Cutanda, Fernández de Gatta Sánchez y Sanz Larruga,[37] coinciden que el Derecho Ambiental como derecho de nueva creación en materia doctrinal y normativa, es dinámico y variable, vinculado a otras ramas del derecho y a otros saberes por su transversalidad, postura a la que este autor se incorpora al estar presente en la práctica de la actividad auditora.[38]

Al respecto, autores desde las ciencias jurídicas en América Latina y el Caribe[39] como Botassi y De Besa Antunes, consideran que esta rama del Derecho Ambiental ha entrado a resolver la cuestión de la contaminación al exigir la responsabilidad ambiental; se ha regulado en leyes como la de crimen ambiental, responsabilidad ambiental, protección forestal, contaminación ambiental y de la auditoría ambiental, relacionadas con el daño ambiental y su cuantificación contable; con los incentivos fiscales, la tributación ambiental y la cobertura

---

[36] PÁEZ SANDUBETE, José María, "*La auditoría medio ambiental en la Unión Europea, una perspectiva contable",* desde las ciencias contables, señalan sus beneficios, limitantes y consecuencias negativas en, Revista Contable, España, 2008, p.9; BORREGAARD, Nicola, "*Sistemas de incentivos financieros para la introducción de tecnología ambiental"*, tecnologías al final del tubo en, Revista Ambiente y Desarrollo, volumen XIII, Chile, 2007, pp.7-39; DA CONCEICAO DA COSTA MARQUES, María, "*La problemática de la auditoría ambiental"* en, Revista Empresarial, Portugal, 2012, pp.7-21.

[37] LOZANO CUTANDA, Blanca, "*Actualidad del Derecho Ambiental comunitario"*, la auditoría ambiental, nexo con el Derecho Ambiental en, Revista de Derecho Administrativo Económico, número 20, Brasil, 2009, pp.1-20; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Derecho Ambiental,* Editorial Trivium, España, 2008, pp.7-39; SANZ LARRUGA, Francisco, "*El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria"* en, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, número 1, España, 2002, p.117- 131.

[38] OJEDA MESTRE, Ramón, "*El nuevo Derecho Ambiental",* caro, complejo, moderno, cientificista, multidisciplinario, de expertos, preventivo y correctivo, indexado al desarrollo económico, trasversal en, Revista de la Universidad de Cuauhtémoc, número 8, México D.F., 2012, pp.1-20. CAFERRATA, *op. cit*. p.11.

[39] SALES DE FREITAS, Joycemara, "*Auditoría externa ambiental como instrumento en la defensa del medio ambiente",* desde las ciencias jurídicas son reconocidos los aportes para la protección ambiental en, Revista de Jure, número 20, Brasil, 2013, pp.293-309; BOTASSI, Carlos, *Derecho Administrativo Ambiental,* Editorial Platense, Argentina, 1997, p.27; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Las auditorías ambientales,* Editorial Tirant lo Blanch, España, 2008, pp.39-57.

financiera por la póliza ambiental. Reconocen su vínculo con otras ramas de las ciencias jurídicas y con otras ciencias como la ecología, la contabilidad, la sociología, la psicología, la historia y la economía. En este tipo de control, es analizada las ventajas de su aplicación, las que parten de la observancia de los principios de precaución y prevención desde el Derecho Ambiental con un adecuado autocontrol en la organización auditada, los que les permite promocionar una adecuada gestión ambiental interna dentro de las formas de gestión, direccionar estratégicamente la actividad productiva hacia formas más eficientes y competitivas, implementar los SGA, el uso de tecnologías limpias no contaminadoras, la aplicación de la contabilidad ambiental para controlar el uso del presupuesto, la obediencia a la legislación; de conjunto todas les permiten acceder a la cobertura financiera con la póliza ambiental con una empresa ambiental responsable ante acciones riesgosas al ambiente y con ello recomponer el daño causado[40]; sus limitantes están identificadas con la obsolescencia tecnológica, los elevados costes de las tecnologías limpias, la heterogeneidad industrial y la no obligatoriedad de esta acción de control ambiental a las formas de gestión no estatal.
Como causas negativas este autor considera, está circunscrita a ser empresas contaminadoras del medio ambiente, los costes del contrato de auditoría, los valores elevados de las tecnologías limpias, las que impedirán obtener a los empresarios la certificación ambiental incompatible con el desarrollo sostenible al no estar concientizados de manera adecuada con la problemática ambiental y en cómo promover acciones positivas para resolverlas y mitigarlas. La justificación de realizar esta actividad de control al ambiente justiprecia este autor, recaerá en la importancia de practicarla por los empresarios a sus empresas a partir de ejecutar un adecuado control interno sistemático, en atención a los temas ambientales como parte de la política ambiental y la responsabilidad empresarial en materia ambiental; para dar respuestas adecuadas a los Convenios y Acuerdos establecidos por la EFS en la materia contable, de auditoría y de la auditoría ambiental, introducidas en los derechos internos, vinculados a los acuerdos ambientales de los bloques comerciales UNASUR, MERCOSUR, ALBA-TCP, CELAC, UNION EUROPEA y de los

[40] LORENZETTI, *op. cit*. p.29.

Tratados ambientales como la Agenda 21, el Protocolo de Montreal -capa de ozono- y la Convención sobre la Diversidad Biológica.
Sus efectos, lograr empresas amigables con el ambiente, este autor considera que los empresarios tendrán que aplicar estrategias para reducir los niveles de contaminación, ahorrar energía, utilizar las tecnologías limpias, ahorrar materias primas, aplicar las técnicas de reciclaje, la reingeniería empresarial y realizar alianzas estratégicas; donde la auditoría ambiental juega un rol privilegiado, no utilizada por la mayoría de estas.

## 3 - Elementos y principios de la auditoría ambiental, en atención al rol de la EFS-CGR.

Esta tipología de auditoría es practicada en dependencia de las condiciones que la enmarquen, de los objetivos específicos que la motivan y del nivel de desarrollo que la organización empresarial a auditarse; comparte un objetivo común, entregar información documentada y validada sobre diferentes aspectos de la situación ambiental de la entidad auditada al identificarse los riesgos e impactos asociados, el examen y la evaluación de las prácticas existentes para mejorar el desempeño ambiental, permitirá con ello comprobar el respeto a la legislación y los estándares ambientales de relevancia.[41]
En consecuencia, este autor analiza la evaluación de la gestión ambiental realizada a las empresas, en razón a uno de los principios básicos que la comunidad internacional ha reconocido para lograr una gestión ambiental eficaz y eficiente, al contar con módulos y herramientas que permitan a las sociedades proteger el derecho de las personas a disfrutar de un ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar social; a través de dispositivos que permitan a cualquier persona tener acceso a la justicia ambiental, como lo es el proceso de la auditoría ambiental.
Es por ello, que las reformas energéticas y de los recursos naturales que se realizan en América Latina y el Caribe en los sectores

[41] PADIN, María, *"La auditoría ambiental y las normas ISO 14000",* responsabilidad ambiental empresarial en, Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social, número 5, Argentina, 2011, p.37; VILLACORTA CAVERO, Armando, "*Ecoauditoria: una necesidad actual"* en, Revista de la Asociación Interamericana de Contabilidad, número 4, España, 2012, p.3; SOTO HUANCA, Rubén, "*La auditoría ambiental y su proceso en el contexto de la auditoría integral"* en, Revista Ciencia y Desarrollo, número 3, España, 2012, pp.23-26.

de la economía, la salud, la ciudadanía y el ambiente tributan a la ejecución de políticas sostenibles. Permitirán conocer al equipo auditor, el grado de economía, eficiencia y eficacia, la calidad e impacto en la planificación, el control y el uso de los recursos naturales, la conservación y la protección ambiental, como características fundamentales en todo este proceso de planeación y práctica de esta actividad de control ambiental, valoradas por este autor en la investigación, al permitir la cobertura financiera mediante la póliza ambiental a las empresas, al decir de autores como Viguri Perea, Cabeza Ares y Lorenzetti.[42]

De aquí, que considere estar en presencia de los elementos subjetivos que se distinguen en esta relación jurídica administrativa entre el auditor -auditores certificados que pertenecen a las EFS, a las sociedades mercantiles- y los auditados -formas de gestión estatal y no estatal- No identificados de manera adecuada dentro de la normativa jurídica vinculada a la actividad auditora.

Por lo que, sí las empresas tienen establecido un SGA[43], esta auditoría permitirá evaluar al auditor sí el mismo satisface los criterios del control y comunicarles los resultados de este proceso a los directivos de la organización empresarial como auditados. Los análisis de los temas de obediencia legal son los de mayor relevancia para los controlados, con respecto a la conducta ambiental de las actividades que ejecutan. Este autor valora, este diagnóstico o estudio previo, permitirá la identificación y análisis de los riesgos que enfrentará la organización para alcanzar sus objetivos, metas propuestas y visualizar sus posibles alternativas para darles solución, de aquí su relevancia e importancia.

Dicho esto, el SGA es uno de los elementos que se certifica en las empresas en el área tecnológica, este recoge los requisitos relativos a la implementación de un sistema de protección ambiental, al capacitar a la organización y permitirles con ello formular la política y los objetivos de mejoras continuas como el elemento clave, necesi-

[42] VIGURI PEREA Alberto, *"La responsabilidad en materia medio ambiental",* seguro ambiental y auditoría ambiental en, Revista Española de Seguros, número 5, España, 2010, p.53; CABEZA ARES, Alberto, *Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la obligación de reponer y restaurar el medio ambiente alterado,* Editorial Trivium, España, 2003, p.67; LORENZETTI, op.cit.p.29 y ss.

[43] *Vid. supra,* p.18.

tado considera este autor de un presupuesto financiero que permita su mantenimiento y reparación programada, es también objeto de control en la auditoría como parte del análisis que se realiza a la contabilidad ambiental -presupuesto- y a la ingeniería ambiental. Serán analizados además los requisitos legales y la información sobre los impactos ambientales generados por la empresa, para desarrollar e implementar su política ambiental y gestionar sus aspectos ambientales. Al ser aplicados los procedimientos establecidos en las normas ISO. Por lo que, a criterio de este autor serán los ejes centrales a evaluársele a las formas de gestión objeto de auditorías.

Estos requisitos agrupados en cuatro bloques persiguen la mejora del desempeño ambiental, como son: el de planificar, acción que establece los objetivos y los procesos necesarios para conseguir resultados de acuerdo con la política ambiental. El de hacer, acción esta que implementa los procesos relacionados con la política ambiental. El de verificar, actividad que da seguimiento y medición de los procesos respecto a la política ambiental, los objetivos, las metas y requisitos legales e informa los resultados de la auditoría ambiental practicada. Y el de actuar, este realiza acciones para la mejora continua del desempeño del sistema de gestión, certificadas por la auditoría. Para ello se precisa la implementación del SGA según la norma ISO, como son: definir y documentar el alcance y precisar los límites de la empresa en los que se aplicará. [44]

En consecuencia, este autor justiprecia que todas las actividades, productos y servicios de la empresa deben incluir el SGA. Por lo que la organización deberá documentar, implementar, mantener y mejorar de manera continua este sistema, de acuerdo con los requisitos de la norma ISO regule. La organización que carezca de este, deberá establecer su situación inicial respetuosa con el ambiente a través del control interno o auto control, reconocida como la auditoría inicial y como principio desde el Derecho Ambiental. Por lo que, en aquellas organizaciones con trayectoria por los resultados obtenidos en las auditorías practicadas con anterioridad y su evaluación obtenida resulte positiva, será orientada a la identificación de opciones para la minimización de los residuos y la reducción de riesgos de mejoras continuas, que permitan a criterio de este autor

[44] *Vid. supra*, *op cit*. p.15, 16 y 18.

evolucionar a otro nivel incompatible al principio de no regresión del Derecho Ambiental.

Si bien es cierto, en este sector público, son practicadas otras tipologías de auditorías como la financiera, la de gestión y la de cumplimiento, realizadas por la EFS, abordan en sus programas cuestiones relacionadas con la protección ambiental, los recursos naturales y el desarrollo sostenible, vinculadas al control público que ejecuta la Administración Pública.[45]

Son identificados por este autor, como los elementos objetivos que no deberán de omitirse en los resultados del informe de la auditoría, luego de ser formalizado el contrato de servicio público para ejecutar la evaluación ambiental y conocer sí la empresa cumple con los índices de contaminación requeridos en las normas ISO y las EMAS, el uso de tecnologías limpias, la aplicación de la contabilidad ambiental como los elementos de mayor relevancia; para su ejecución utilizará el programa para esta tipología de auditoría por el equipo auditor y otros profesionales de las ciencias (transversalidad) en relación con el escenario a auditarse, concluye con la entrega del informe con los resultados de las etapas del control evaluadas y el certificado ambiental -etiqueta- vinculado con las normativas sustantivas en materia de metrología y normalización[46]. No identificados de forma adecuada dentro de las regulaciones jurídicas ligadas a esta institución considera este autor.

Por esto, para la realización y materialización de la auditoría ambiental deberán atenderse las formalidades acorde a la forma en que se realiza y al sujeto activo, en el caso de realizarla la Administración como actividad de control, se inicia con la notificación inicial al auditado establecida en manuales internos y no en la regulación normativa que la regula; cuando es concebida como un servicio público ejecutado por una sociedad mercantil, requerirá de la forma del contrato de servicio público. Constituyen a criterio de este autor, los elementos formales a incorporarse en el informe

[45] PNUMA-ONU, *Guía de auditorías ambientales para las EFS,* Austria, 2007; LOMBARDERO RODIL, José, *Manual para la formación en medio ambiente,* auditorías ambientales en las empresas, Editorial Lex Nova, España, 2008, pp.15-143.

[46] TARRÉS VIVES, Marc, "*Las nuevas referencias en el Derecho Industrial: acreditación y normalización, la competencia de la industria y la seguridad industrial"* en, Revista Autonomies, número 26, España, 2000, pp.119-155.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 266-298

final: la identificación de los sujetos, el contenido auditado, el resultado de las acciones de control ambiental en torno a ejes como el de la tecnología, la contabilidad, la responsabilidad empresarial -ambiental-, la situación legal, el plan de acciones y la concesión de la certificación ambiental.

Sustentado en las directrices para practicar la auditoría ambiental por la EFS[47], las normas ISO 14000, 19011, 26000 y las EMAS, los parámetros de las tecnologías limpias, el SGA, las normas internacionales y nacionales en materia de contabilidad y auditoría, los principios jurídicos para la auditoría ambiental y los principios contables-financieros para la auditoría pública, no concebidos a partir de la regulación jurídica para esta tipología de control valora este autor.

Todos estos principios citados, reconocidos desde la doctrina ambientalista, son pertinentes dentro del ejercicio de la actividad auditora como función pública ejecutada por la EFS-INTOSAI, parten de la voluntariedad al ser solicitada por el empresario.

Se valora el principio de prevención, como mitigador del deterioro ambiental contra riesgos ciertos, por ser en su génesis la auditoria una acción preventiva, ejecutada a través del autocontrol por los auditados de modo usual. Con ello logran una mayor confiabilidad en sus procesos y en la ejecución contable de su presupuesto ambiental.

Con el principio de responsabilidad, al verificarse la observancia de la normativa general y especifica en materia ambiental por parte del empresario y sus colaborados, señalados en el informe del resultado de la auditoría de cada subsistema auditado, esto les permite ganar confianza con sus clientes y una imagen empresarial positiva.

Tienen también vínculo, con el principio de autocontrol, ejecutado con las acciones de control interno para tomar medidas protectoras en la organización auditada y con ello prevenir los posibles riesgos futuros a través del plan de prevención, revisados de forma habitual para comprobar su eficacia dentro de las formas de gestión.

---

[47] INTOSAI-ISSAI 5020, *Directrices de la auditoría ambiental,* Brasil, 2009; WOLISKI, Jaime, *Efectos económico-financieros de los temas ambientales en la administración pública* en, Manual de auditoría integral y ambiental, Editorial Buyati, Argentina, 2009, pp.1-39; LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *"Auditoría y gestión de los fondos públicos"* en, Revista de Auditoría Pública, número 61, España, 2013, pp.9-24.

A su vez, guardan relación con el principio de información, para mantener actualizados a los directivos, colaboradores en la empresa y a los ciudadanos en el entorno donde está ubicada, en relación a la situación ambiental que tiene.

Con el principio de legalidad, para dar un cumplimiento adecuado de la protección ambiental, este se tiene en cuenta al evaluársele la gestión ambiental del sujeto auditado, valorándosele la observancia de la normativa ambiental en particular y la general en vigor.[48]

Todos estos principios en conjunto, deberán conducir a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social como un derecho de las generaciones futuras a través de empresas amigables con el ambiente, como meta al desarrollo sostenible.[49]

Este autor justiprecia, la multidimensionalidad de la auditoría ambiental, al estar integrada como proceso sistémico, procedimiento, herramienta de gestión y actividad administrativa, permite aunar el esfuerzo de profesionales en el rol de auditor, jurista, técnico o científico. Elementos que de conjunto permitirán conocer cómo se consagra esta institución jurídica al reflejarse en los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica analizados en este capítulo, a partir del desarrollo constitucional y en los ordenamientos jurídicos dentro de los derechos sustantivos en materia de protección ambiental al introducirse las nuevas tecnologías en este siglo XXI y las que están por venir evaluadas en el proceso de la auditoría, inexistente en las normas jurídicas que la sustentan.

En todo este panorama jurídico, confirman a este autor, que para lograr empresas amigables con el ambiente, será necesario cumplimentar las políticas, principios y regulaciones que desde el Derecho Ambiental y otras disciplinas, saberes y ciencias guar-

---

[48] INTOSAI-ONU, *Principios de transparencia y responsabilidad: principios y buenas prácticas*, Austria, 2010, pp.1-14, http://www.intosai.org; INTOSAI-ONU, *Auditoría ambiental y auditoría de la regularidad,* Austria, 2004, pp.1-44, http://www.intosai.org ; INTOSAI-ONU, ISSAI 100, *Principios fundamentales de la auditoría al sector público*, Austria, 2009, pp.1-18, http://www.intosai.org; LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *"Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de auditoría"* en, Revista Auditoría Pública*,* número 61, España, 2013, pp.1-24.

[49] FOY VALENCIA, Pierre, "*Consideraciones legales sobre la guía de auditoría ambiental gubernamental"*, cuatro principios son aplicables: eficacia, eficiencia, economía y transparencia, vinculados al desarrollo sostenible en, Revista Actualidad Gubernamental, número 2, Perú, 2008, p.4.

dan relación con la práctica de la auditoría ambiental; regulada esencialmente por la INTOSAI-EFS, en los ordenamientos regionales e internos combinados con las políticas públicas en materia ambiental. Para su ejecución son utilizadas además las normas voluntarias ISO 14000, 19011, 26000 y las EMAS en las empresas y en las industrias auditadas.

Al respecto, otros trabajos científicos y criterios especializados, valorados desde la ciencia del Derecho por este autor, entre los que se encuentran los de Fernández de Gatta Sánchez, Sanz Rubials, Lozano Cutanda y Martín Mateo, abordan como ha sido tratada dentro de los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica esta tipología de auditoría, reconocida como el instrumento y herramienta de gestión ambiental,[50] el tratamiento en las leyes marco ambientales y en las leyes de auditoría pública -ambiental-, coinciden en regularla entre los modos de actuación de la Administración Pública, como una actividad de control -limitación, ordenación o policía-, prestación de servicio público y fomento, se exige la responsabilidad objetiva a través en fiscalías especializadas en la materia ambiental.

Este autor considera, por los propios efectos de esta institución jurídica analizada, se manifiesta la actividad de fomento, al incentivar el desarrollo de la economía ambiental a través de industrias más competitivas en mercados ambientales más exigentes, como lo diseña la Unión Europea en la aplicación de las normas EMAS en la industria, señaladas por autores como Betancort Rodríguez, Fernández de Gatta Sánchez y Mora Ruiz.[51] No obstante, se significa que el sustrato de todas estas manifestaciones de la actividad administrativa analizadas, convergen en el control y la protección ambiental de forma permanente, pero no pueden estar divorciadas de la dinámica económica

---

[50] CARMONA LARA, María, "*Derecho Ambiental",* posiciones jurídicas permiten conocer el método aplicado a la auditoría ambiental, tutelada en los ordenamientos jurídicos desde el Derecho Administrativo hacia el Derecho Administrativo Ambiental en, Revista de Derecho UNAM, México D.F., p.12; DE BESSA ANTUNES, Paulo, *Derecho Ambiental,* 12va edición, Editorial Lumen Juris, Brasil, 2010, pp.211-253; *op cit*. BUSTAMANTE ALSINA, p.97.

[51] CARMONA LARA, *op cit.* p.52; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio*, "El séptimo programa ambiental de la Unión Europea"*, 2013-2020, la observancia de las herramientas de gestión y el cumplimiento de las políticas ambientales de la Unión por su repercusión global en, Revista Aragonesa de Administración Pública, número 41-42, España, 2013, pp.71-121.

y de la fórmula I+D+C, en función del desarrollo sostenible que hoy se contextualiza en el mercado internacional de bienes y servicios, donde las EFS representadas a nivel global y regional por la INTOSAI, a través del control ambiental juegan un rol significativo en lograr el equilibrio entre el progreso y la protección ambiental para las futuras generaciones.

Son coincidentes en su regulación normativa, la misma parte de la protección del bien jurídico ambiental desde el texto constitucional, se regula en los derechos internos en leyes generales del ambiente, de gestión ambiental, de contraloría y en leyes especiales que regulan de manera exclusiva la práctica de la auditoría ambiental; todas tributan a lograr el desarrollo sostenible, cuestión por la que este autor toma posición, al confirmar que como institución jurídica, a partir de ser reconocida en la doctrina y la normativa *ius* administrativa y la *ius* ambientalista. Todos estos elementos, demuestran la coyuntura de la democracia participativa, a partir del nuevo constitucionalismo de la región de América Latina y el Caribe, con exponentes en los textos constitucionales de países como Ecuador, Venezuela y Bolivia, los que han tratado la cuestión ambientalista con mayor rigor dentro de sus articulados.

En la Unión Europea, la 7ma evaluación del desarrollo del Derecho Ambiental realizada por Martín Mateo, Fernández de Gatta Sánchez y Nogueira López, en sus resultados incluyen la práctica de esta tipología de auditoría[52]. Coinciden al señalar, la protección del bien jurídico ambiental se materializa a partir del texto constitucional, en las leyes marcos ambientales, en leyes de la auditoría pública, en códigos ambientales; en su conjunto todos conforman un núcleo estable a nivel normativo, brindan solidez y sustento para el posterior desarrollo de las políticas ambientales públicas, estas incorporan los conceptos de economía y contabilidad ambiental, evaluados con la auditoría ambiental por las EFS-EUROSAI.[53]

Por lo que, el uso de la auditoría ambiental, con la aplicación de

[52] FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, consenso desde posiciones jurídicas en la Unión Europea para aplicar las herramientas de gestión y en especial la auditoría ambiental para construir empresas amigables con el ambiente en, Documento TOL 1.436.850, España, 2010, pp.1-58; MARTÍN MATEO, *op cit*. p.49.

[53] BARRATERO MARIA, Alberto, *"La metodología ABC en la acumulación y distribución de los costos medio ambientales"* en, Revista de Derecho, número 4, Colombia, 2011, pp.37-67.

las normas ISO, las EMAS y las directrices de las EFS; en su conjunto permiten detectar las deficiencias, irregularidades para acatar de manera adecuada la legislación ambiental, de acuerdo a los procesos productivos o de los productos para propiciar opciones de mejora y uso racional de los recursos naturales, disminuir la huella ambiental generada vinculada a la contaminación, la exigencia de la responsabilidad ambiental objetiva ante la comisión de daños, la aplicación de incentivos fiscales[54], el tributo ambiental vinculado al vertido, los servicios ambientales, la cobertura económica con el seguro ambiental y la responsabilidad social empresarial para poder obtener la certificación ambiental como resultado del control ambiental,[55] nos señalan el vínculo con el desarrollo socio-económico al contener los tres pilares del desarrollo sostenible, con las que este autor coincide por su integración .[56]

En síntesis, todos los análisis realizados desde los saberes académicos y prácticos, por su impacto socio-económico a partir de los resultados de la aplicación como la herramienta de gestión ambiental, preservará y mitigará los problemas ambientales al conocerse los índices de contaminación, permitirá trazar estrategias a los empresarios en las técnicas de construcción verdes in situ socializadas en el mundo; es realizada por las EFS-INTOSAI, permite evaluarles los resultados obtenidos en las formas de gestión estatal en la adecuada, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público de los recursos naturales, en su llamado por la ley de vigilar y realizar el control fiscal ambiental.[57]

---

[54] TERAN CONTRERAS, Juan, "*Instrumentos fiscales de la gestión ambiental",* políticas de control a la contaminación, de reducción de índices contaminadores, estándares ambientales y aplicación de sanciones en, Revista de Economía Aplicada, número 29, España, 2009, pp.1-12; IBARRARÁN VINIEGRA, María, *Externalidades, bienes públicos y medio ambiente,* Editorial Universidad de las Américas, México D.F., 2010, pp.1-15

[55] INTOSAI-ONU, *Auditoría ambiental y auditoría de regularidad,* Viena, Austria, 2010.

[56] CANOSA USERA, Raúl, *La incorporación de intereses ambientales en los ordenamientos jurídicos,* protección fiscal ambiental, aspectos económicos y jurídicos, Editorial Marcial Pons, España, 2002, pp.7-76; RUIZ GARIJO, Mario, "*Más de diez años de responsabilidad social empresarial. ¿Para cuándo su regulación jurídica y el establecimiento de incentivos fiscales?"* en, Revista Economía, número 7, España, 2011, pp.5-28.

[57] ONU-PNUMA, las tecnologías ecológicas, técnicas verdes in situ del sector constructivo para controlar y reutilizar los desechos, Editorial APIENERGÍA, 2010, pp.7-19; BOTERO VILLEGAS, Ricardo, "*Marco legal del control fiscal ambiental"* en, Revista de la

La herramienta de gestión estudiada, entrará a jugar un rol para lograr el equilibrio deseado entre los avances tecnológicos y la naturaleza. Este autor al analizar el informe de la XIV asamblea internacional de las EFS-INTOSAI, donde son señalados los principales retos presentes y futuros que tendrá la auditoría ambiental.[58] Se erigen como retos presentes: conformar una base de datos ambientales a todo nivel -local, regional e internacional- toda vez que los problemas ambientales y los asuntos políticos son nuevos; la sostenibilidad como dimensión central es difícil de abordar por los sujetos; los problemas ambientales y su reducción evolucionan con el tiempo; es un desafío vincular de forma material los asuntos ambientales y las finanzas estatales; el análisis costo-beneficio de los beneficios a largo plazo de los compromisos ambientales -elemento crucial y difícil de atenderse por los empresarios-; los asuntos ambientales -multinacionales e interdisciplinarios-; el trabajo de campo requiere de competencias y conocimientos específicos para ejecutar la auditoría ambiental; encontrar criterios a nivel nacional y persuadir a los gobiernos para que adopten criterios internacionales; la auditoría tiene un enfoque retrospectivo, pero los asuntos ambientales requieren de la EIA como potencial futuro de las políticas y de los programas.[59]

Para el futuro entonces la proyección de la auditoría ambiental sería, en la medida que los efectos del cambio climático se vuelvan más evidentes, serán abordados asuntos ambientales globales más complejos, para ello será necesario incrementar el equipo de auditores ambientales y darles la capacitación; planificar auditorías y elegir los tópicos y enfoques con una amplia gama de opciones; será necesario concientizar al público y a los políticos sobre la práctica de la auditoría ambiental y su relevancia, que permita adaptarse a las fluctuaciones de las decisiones de política ambiental por parte de la Administración Pública y poder determinar en qué medida se

Contraloría General, Colombia, 2010, pp.3-39.

[58] INTOSAI-ONU, "*Los retos presentes y futuros de la auditoría ambiental en el mundo"* en, Revista Internacional de Auditoría Gubernamental, Viena, Austria, 2012, pp.22-23; LUSTOSA DA COSTA, Carlos, "*Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonia"* en, Revista OLACEFS, número 15, Brasil, 2014, pp.43-46.

[59] *op cit* p.169

tratan los temas ambientales y que nivel de pertinencia tienen estos, permitirá mantener la integridad y el profesionalismo en la lucha contra la politización de los problemas ambientales que hoy afectan al planeta y no se les ha dado una adecuada solución por las naciones más contaminadoras en este siglo XXI. [60]

Al respecto, este autor justiprecia, la era de la globalización y de las economías verdes, el papel futuro qué como valor agregado tendrá la auditoría ambiental en materia de protección ambiental, será acertado recurrir a las definiciones tomadas en las reuniones realizadas desde Estocolmo hasta Rio de Janeiro, vinculadas al desarrollo sostenible y al cambio climático. Donde, la economía verde, la globalización, las reformas energéticas -combustibles y electricidad-, la mitigación y la adaptabilidad al cambio climático, los planes, los programas y los proyectos de obras, representan la acción del hombre en el ambiente construido; en su ejecución deberán ser sostenibles, certificables, comprobables, reconocidos con la aplicación de la auditoría ambiental como la evaluación clave. Lo importante es que el sector social (la academia, el gobierno y la sociedad) cuiden, vigilen y protejan el marco legal -local e internacional- con empresas amigables con el ambiente.[61]

[60] *op cit*. p.169

[61] PNUMA-OIT-ONU, e*mpleos verdes: trabajo decente sostenible y con bajas emisiones de carbono,* la ecoempresa en América Latina, con la iniciativa "*Redturs*" de la OIT, 2008, pp.1-8.

## 4.- Conclusiones:

La auditoría ambiental emergió debido a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado, su génesis fue la auditoría social. Se consolida posteriormente como acción de control practicada por las Entidades Fiscalizadores Superiores y las Sociedades Mercantiles, posee una construcción jurídica a partir de estar reconocida en Acuerdos y Convenios Internacionales, es introducida en los derechos internos mediante los textos constitucionales, las leyes ambientales y de contralorías, le brindan solidez y sustento para el desarrollo de políticas ambientales como una herramienta de gestión ambiental. Puede ser voluntaria u obligatoria y manifestarse como una actividad policía, un servicio público u actividad de fomento acorde a su ejecución y consecuencias.

La sistematización de la auditoría ambiental, como institución jurídica dirigida a proteger al bien jurídico ambiental, es reconocida desde la doctrina *ius* administrativa y la *ius* ambientalista. Los criterios teóricos y normativos valorados permitieron establecer que la realización de la auditoría entraña una relación jurídica ambiental y delimitar sus elementos: subjetivos (auditores y auditados), objetivos (contenido, instituciones y categorías a evaluar) y formales (documentos acreditativos de su validez).

La auditoría ambiental tiene un carácter multidimensional, integral y transdisciplinario, su finalidad es la evaluación de la gestión ambiental de la empresa y la certificación de producciones limpias, para realizarla las entidades auditadas deben implementar la contabilidad ambiental y el tratamiento de los residuales de la producción de la empresa. Constituye un proceso integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) cuyo procedimiento fundamental está regulado en al normas ISO y las EMAS.

En Cuba la auditoría ambiental no adquiere carta de presentación hasta el siglo XXI. Previo a la década del 80 del siglo XX hubo normas de protección medio ambiental pero no regulación de control o evaluación ambiental. Posteriormente se evidenció una evolución en cuanto a los mecanismos de control a los bienes públicos, con la

intervención de varios órganos u organismos (ONA, MAC, CITMA, MINAGRI, FGR, CGR) de forma asistémica y no integral versus su carácter multidimensional. El antecedente más cercano lo constituye la inspección ambiental estatal de menor envergadura que la auditoría ambiental. Con la Ley de la Contraloría General de la República y su Reglamento se instituye la auditoría ambiental, sin embargo aún no ha sido ejecutada en el sector estatal.

En la relación jurídica emanada de la auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico patrio, el sujeto activo es la Contraloría General de la República y los auditados la persona natural o jurídica, circunscrita al sector estatal serían sus diferentes formas de gestión, su contenido o elementos a auditar no están definidos, con respecto a los elementos formales la notificación y el informe, están regulados en las normas generales de auditoría. Sin embargo la certificación ambiental es regulada por el CITMA, facultado para concederla.

Las insuficiencias fundamentales detectadas en torno a la ordenación jurídica de la auditoría ambiental en Cuba, se centran en la inexistencia de tratamiento jurídico científico, no existe un programa para esta tipología de auditoría, no se aplica la contabilidad ambiental, incoherencia por la norma que regula la auditoría estatal, falta de reconocimiento en la Ley de Medio Ambiente y en las normativas del Derecho de la Empresa, la obsolescencia tecnológica, la heterogeneidad industrial y las deficiencias en la regulación de la responsabilidad ambiental.

La auditoría ambiental para su ejecución se vincula a los principios del Derecho Ambiental, ellos le permiten informarse en su ejecución como proceso y procedimiento, para evaluar la gestión ambiental de los sujetos auditados en las formas de gestión estatal y no estatal.

## 5.- Bibliografía:

ÁLVAREZ GONZALEZ, Freddy, El buen vivir un paradigma anticapitalista, *Editorial Adya- yala*, Quito, Ecuador, 2011.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, "*Reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Ambiental Internacional*" en, Revista FIMA, Chile, 2013.

ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, "*La jurisdicción de la auditoría ambiental en Cuba*" en, Revista electrónica Derecho y Cambio Social, número 31, Perú, 2013, hptt://www.derechoycambiosocial.com.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, "*La póliza ambiental y el desarrollo sostenible*" en, Revista Legis Foro de Derecho Mercantil, número 44, Colombia, 2014.

ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, "*Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano*" en, Revista electrónica Critica do Direito, número 4, volumen 62, Brasil, 2014, hptt//www.criticadodireito.com.br/

ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, "*La praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica*" en, Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental, España, 2014, hptt//www.actualidadjuridicaambiental.com

ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides Francisco, "*Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica"* en, Revista Dos Tribunais Thomsonreuters, número 951, Brasil, 2015, hptt//www.thomsonreuters.com

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2004.

AUDIVERTII ARAU, Ramón, *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, Editorial Cedecs, España, 1997.

BELLOTTI, María, *El principio de precaución ambiental*, Editorial Lerner S.R.L., Argentina, 2006.

BELLORIO CLABOT, Dino, "*El nuevo paradigma ambiental y jurídico*" en, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, España, 2013.

BELLORIO CLABOT, Dino, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo III, 1era edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004.

CAFFERATA, Néstor Alfredo, *El principio precautorio. O la certeza de la incerteza*, Editorial INE- Semarnat, México D.F., 2008.

CAFERRATA, Néstor Alfredo, "*Teoría de los principios del Derecho Ambiental*" en, Revista Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2009.

CAFERRATA, Néstor Alfredo, *Principios del Derecho Ambiental*, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2010.

COOPERS & LYBRAND, *Los nuevos conceptos de control interno*, tomo I, Editorial Días de Santos, España, 1997.

DE BESA ANTUNES, Paulo, *Direito Ambiental*, Editorial Lumen Juris, Brasil, 2010.

DEMALDÉ, Cristina, *El principio de precaución en el daño ambiental*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2011.

DE LOS RIOS, Israel, *Principios del Derecho Ambiental, la dimensión ambiental en la Constitución Bolivariana,* Editorial Hermanos Vadell, Venezuela, 2010.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, "*Elementos esenciales del principio de precaución ambiental*" en, Anuario del CIJS, Argentina, 2007.

DRNAS DE CLEMENT, Zlata, *El Principio de Precaución en Materia Ambiental*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Humanismo Ambiental en, 3era Jornada de Reflexión, Córdoba, Argentina, 2001.

JAQUENOD DE ZÖGÖN, Silvia, *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Editorial Dikinson, España, 1991.

LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, 1era edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

LOZANO CUTANDA, Blanca, *Manual de Derecho Ambiental Administrativo*, 3era edición, Editorial Dykinson, España, 2003.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen I, 1ra edición, Editorial Trivium S.A., España, 1991.

MARTÍN MATEO, Ramón, *El hombre: una especie en peligro*, Editorial Campomanes Libros, 1993.

MARTÍN MATEO, Ramón, "*La ecoauditoría*" en, Boletín de Estudios Económicos, número 150, España, 1993.

MORA RUIZ, Manuela, "*Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general*" en, Revista Derecho y Conocimiento, España, 2012.

SANZ LARRUGA, Francisco, *El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el Derecho Ambiental,* Editorial Instituto de Estudios de la Administración Local, España, 2009.

# LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DERIVADA DE LA INSPECCIÓN ESTATAL SANITARIA EN CUBA. UNA MIRADA A SU RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR DESDE LA LUCHA CONTRA EL DENGUE.

Amed Ramírez Sánchez
Profesor Asistente. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Universidad de Granma
República de Cuba
Email: aramirez@udg.co.cu

Alcides Antúnez Sánchez
Profesor Auxiliar
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Universidad de Granma
República de Cuba
Email: aantunez@udg.co.cu

**SUMARIO:**

**1.** La lucha contra el dengue. Análisis en contexto de la responsabilidad administrativa derivada de la inspección sanitaria estatal**.**
**2**. Potencialidades para la solución de la problemática planteada
3. La inspección sanitaria estatal. Fundamentos de su régimen jurídico desde la actividad administrativa cubana
4. Conclusiones
5. Bibliografía.

**RESUMEN**:

El trabajo destaca la lucha contra el dengue, sus principales aciertos y desaciertos desde la óptica del Derecho Sanitario vinculado a la actividad de la Administración Pública realizada por el Ministerio de Salud Pública, como el organismo encargado de ejecutar esta actividad sanitaria. Con tales argumentos, se parte del siguiente problema científico: ¿cuáles son los elementos necesarios para el perfeccionamiento de la legislación sanitaria en la provincia Granma en el programa de lucha contra el dengue?
Nos formulamos como objetivo: fundamentar los elementos necesarios para el perfeccionamiento de la legislación sanitaria, en aras de potenciar el perfeccionamiento de la lucha contra el dengue en la provincia Granma. Para la realización de trabajo se emplearon los métodos como el de: análisis-síntesis, inducción-deducción, teórico-jurídico, histórico-jurídico y el exegético-jurídico. En complemento, se utilizaron las técnicas de fichaje, revisión bibliográfica y revisión de los informes administrativos que validan este articulo por la Dirección Provincial de Higiene, Epidemiologia y Microbiología en relación a la actividad de control de vectores y en especial los resultados del trabajo de la campaña anti vectorial contra el mosquito aedes aeghity.

**Palabras claves**: dengue, control de vectores, potestad inspectora.

**INTRODUCCIÓN**:

La sociedad moderna resulta un escenario complejo donde confluyen disímiles procesos tecnológicos, productivos, fabriles, de prestación de servicios (…), en conjunción con las interacciones de los diversos sujetos que inciden sobre el amplio cúmulo de relaciones sociales y en recíproca influencia, sientan las bases de su desarrollo. Sin embargo, tal evolución no está exenta de riesgos constantes y notorios hacia todas las esferas de actuación, devenidos del avance de las prácticas sociales y el mantenimiento o deterioro de las condicione bióticas o abióticas del medio ambiente. Esta ha sido una constante histórica con la cual la humanidad ha debido de confrontar y prever estrategias para evitar la capitalización de tales riesgos en resultados lesivos a los intereses y derechos individuales de forma tal que afecten la colectividad.[1]

Tal vez sea el sector de la Salud una de las esferas que mayor carga incidental de riesgos tenga asociado a la colectividad, por el carácter transectorial y transversal que su ámbito de actuación proyecta hacia el resto de las actividades y procesos sociales, en especial referencia, hacia aquellos asuntos concernientes a la higiene y salubridad colectiva, un tema presente en las agendas de gobiernos desde las civilizaciones más arcaicas hasta las sociedades de estándares de vida con mayores niveles en la actualidad.

Nuestro país vive en una constante alerta epidemiológica, en un escenario geográfico permeado de diversos factores, causas y condiciones propensas a la propagación de epidemias que afectan la salud colectiva, por las características de su clima[2], así como el aumento de depósitos no seguros, producto de las irregularidades en el abasto del agua, la infraestructura habitacional y sanitaria inade-

[1] Ello se fundamenta, como sostiene Martín Mateo en que: *"La preocupación pública por los problemas sanitarios constituye una constante histórica; en todos los momentos de la Historia puede detectarse en tal materia la sustantivación de intereses comunitarios y su atendimiento por las respectivas organizaciones políticas (…)* Martín Mateo, Ramón. *Ordenación Pública Del Sector Salud.* Revista de Administración Pública. Nº 84. España. 1971. p 371

[2] Lemus Lago, Elia Rosa. *Cambio climático y Dengue en Cuba*. Revista Cubana de Medicina General Integral. Vol.. 25 .No.4. Cuba. 2009. pp. Coincide MARTINEZ CALVO, Silvia. *Actividades sanitarias en dos momentos relevantes para la historia de la salud pública cubana*. Revista Cubana de Higiene y Epidemiologia. Cuba. Vol. 44. No. 2. 2006. pp. 1-19.

cuada existente, consecuencia de la urbanización no planificada y el crecimiento de depósitos artificiales debido al mayor cúmulo de desechos sólidos.

A fin de combatir y prevenir la introducción y propagación de enfermedades transmisibles foráneas, desde las fechas de 1899 y posteriormente en 1902 aparecen sendos instrumentos directivos de la política de Higiene y Epidemiología que vienen a fortalecer el trabajo de las Juntas de Sanidad que venían operando en los cabildos y posteriores ayuntamientos cubanos de inicios de siglo.[3]

En tal sentido, tal y como sostiene recientemente un artículo del diario Granma: "*No podía ser más previsor el eminente científico cubano Carlos J. Finlay, cuando en 1898, alertaba: …para liberar a la isla de Cuba de las dos plagas más terribles que azotan su suelo, habría, pues, que declarar guerra sin tregua al mosquito…" Más de un siglo después, la sentencia sigue siendo conclusiva. La vigilancia y lucha anti vectorial es hoy un componente decisivo de los sistemas sanitarios, para la prevención y control de las enfermedades transmitidas por vectores; que constituyen un creciente problema de salud mundial, incrementándose de forma alarmante su incidencia y ampliando su extensión geográfica"*[4]

Tal situación ha venido a legitimar el rol de las Administraciones Públicas como entes del Estado encargados del cumplimiento y realización de los derechos y garantías constitucionales reconocidas, diseñando en el ámbito de la asistencia sanitaria un paradigma de modelo de intervención estatal que propugna el activismo estatal en los actos y actividades administrativas relativas a la protección de la salud individual y colectiva, y en materia de Salud

[3] *Entre las medidas adoptadas en Cuba, con el objetivo primordial de evitar la introducción y propagación de un grupo de enfermedades transmisibles foráneas, se encuentran las regulaciones sanitarias de fronteras establecidas el 17 de enero de 1899. Desde 1902 aparecen las orientaciones del Dr. Carlos J. Finlay, en 1962 se estructura un Programa de Control Sanitario Internacional para puertos y aeropuertos y en 1980 se pone en vigor el primer Programa Nacional de Control Sanitario Internacional*". González Isla, Fernando, *Perfeccionamiento del Programa de Control Sanitario Internacional en la provincia Holguín.* Revista Cubana de Salud Pública. Vol.37. No.3. Cuba. 2011. pp.1-39. ARAUJO RUIZ, Juan Antonio. *Producción científica cubana sobre Dengue en el contexto internacional*. Revista CENIC. Vol. 41.Cuba. 2010. pp.1-12.

[4] Fariñas Acosta, Lisandra. *Pequeñas picaduras, grandes amenazas. Articulo del Periódico Granma*, edición de fecha 21 de marzo de 2014. Disponible en hptt//www.granma.cu; consultado en fecha 9 de mayo de 2014.

Pública ha dimensionado ingentes esfuerzos por la preservación, garantía y control de las condiciones higiénicas y epidemiológicas de carácter colectivo.

El artículo 50, de la Constitución cubana establece y cito: todos tienen derecho a que se atienda y proteja su salud. El Estado garantiza este derecho: con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita, mediante la red de instalaciones de servicio médico rural, de los policlínicos, hospitales, centros profilácticos y de tratamiento especializado; con la prestación de asistencia estomatológica gratuita; con el desarrollo de los planes de divulgación sanitaria y de educación para la salud, exámenes médicos periódicos, vacunación general y otras medidas preventivas de las enfermedades. En estos planes y actividades coopera toda la población a través delas organizaciones de masas y sociales.

Consecuentemente, al analizar criterios doctrinales tal y como sostiene Bermejo Vera*: "Las Administraciones públicas del presente están adquiriendo —han adquirido ya —una nueva e importante dimensión. Desde el frontispicio de la actividad tradicional de la Administración estable aunque en única inmutable, diseñada a partir del clásico trípode—policía, fomento, servicio público—, e intercambiable en sus técnicas operativas, en la actualidad se observa una sorprendente mutación."*[5]

Desde esa perspectiva, Pemán Gavín: *"la asistencia sanitaria pública ha venido a instalarse en el corazón mismo de la ya tradicional Administración prestacional —qué duda cabe de que constituye uno de los exponentes más claros de la idea de «procura existencial» (Daseinsvorsorge) (…) y ha mostrado por lo demás una fuerte y ha mostrado por lo demás una fuerte capacidad de resistencia frente a los aires de crisis y cuestionamiento de los postulados tradicionales del Estado social que han venido presidiendo el debate ideológico y el escenario político y económico en el que nos movemos en los últimos años (…)*[6]

---

[5] BERMEJO VERA, José. *La Administración Inspectora*. Revista de Administración Pública, No.147.España. 1998. p.39. Coincide MIRANDA HERNÁNDEZ, Gloria Isabel. *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Revista Cuadernos. España. 2012. pp.1-21.

[6] Pemán Gavín, Juan. *Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro*. Revista de Administración Pública. No. 156. España. 2001. pp.103-104.

La realidad social experimenta la actualización de nuevos riesgos asociados a epidemias en todo el país, con especial referencia a su región oriental, donde el dengue, el cólera y el paludismo han causado efectos nocivos en la población durante los últimos tres años. El territorio granmense no ha sido esquivo a los ataques de tales pandemias colectivas en especial del dengue, con notables índices de incidencia que como correlativo de la situación a nivel mundial[7], ha exigido de la Administración Pública de la Salud en el territorio, como parte del Gobierno en la provincia, de la adopción de múltiples medidas preventivas y de control en pos de garantizar la seguridad de la salud colectiva. [8]

En este contexto, la actividad de inspección sanitaria estatal desarrollada por el Sistema Nacional de Salud manifiesta en el territorio granmense contraria a los efectos de cumplimiento de las normas que rigen la actividad higiénico-sanitarias, que se manifiesta por un lado en la realización de acciones de inspección desarrolladas de forma inadecuada, retardadas, e incluso no realizadas por un lado; y con el aumento de las violaciones a las normas higiénico sanitarias por parte de las personas, por el otro, poniéndose de relieve un desfase entre la realidad social que se experimenta en el territorio en relación a la lucha contra el Dengue y la realidad jurídica que sirve de marco para la legitimación y actuación de los entes prestacionales de la Administración Pública en el Sector de la Salud dentro de la provincia Granma. Ante esta situación, el examen de la realidad jurídica se vislumbra como necesario a los efectos de valorar la efectividad del régimen jurídico del Derecho Sanitario[9]

---

[7] La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que el número de afectados por dengue se encuentra entre los 50 millones y los 100 millones de personas cada año, con un total de medio millón que necesitan atención hospitalaria por presentar una forma severa de la enfermedad, con una mortalidad del 2,5%

[8] Según datos publicados en el periódico Granma, el 32 % de los municipios del país entre estos Pinar de Río, algunos de La Habana, Santa Clara, Cienfuegos, Trinidad, Morón, Ciego de Ávila, Sancti Spíritus, Camagüey, Las Tunas, Bayamo, Santiago de Cuba y Guantánamo, y el 36 % de las áreas de salud, están consideradas como alto riesgo de infestación. Fariñas Acosta, *ob., cit*. S/P.

[9] *"Es la parte del Derecho de la Salud encargada de regular el control sanitario epidemiológico en materia de alimentos, medicamentos, regulaciones sanitarias, campaña anti vectorial, la inspección sanitaria estatal, el control sanitario internacional en puertos y aeropuertos. En Cuba la ejercita el Área de Higiene y*

en la actividad de prevención del Dengue tomando como punto de partida la inspección sanitaria estatal como forma de la actividad administrativa en el sector de la Administración prestacional del Sistema Nacional de Salud.

## 1 - La lucha contra el Dengue. Análisis en contexto de la responsabilidad administrativa derivada de la inspección sanitaria estatal.

Al decir de la Organización Mundial de la Salud: "El dengue es una infección vírica transmitida por la picadura de las hembras infectadas de mosquitos del género Aedes. Hay cuatro serotipos de virus del dengue (DEN 1, DEN 2, DEN 3 y DEN 4). Los síntomas aparecen 3–14 días (promedio de 4–7 días) después de la picadura infectiva. El dengue es una enfermedad similar a la gripe que afecta a lactantes, niños pequeños y adultos. No hay ningún tratamiento específico contra el dengue. El dengue grave es una complicación potencialmente mortal, pero su diagnóstico clínico precoz y una atención clínica cuidadosa por personal médico y de enfermería experimentado suele salvar la vida de los pacientes."[10]
Según Toledo Romani: "El Dengue constituye la enfermedad viral transmitida por vectores de mayor importancia en la salud pública. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que casi la mitad de la población del mundo está en riesgo de la infección por Dengue, debido a un incremento de110 millones en el número de personas viviendo en áreas urbanas con una alta transmisión .Cada año se producen cerca de 50 millones de infecciones, incluidos 500 000 casos de Dengue hemorrágico que requieren hospitalización, lo cual equivale aproximadamente, a un caso cada minuto. Alrededor de 24 000 defunciones ocurren cada año por esta causa, principalmente entre los niños, lo cual equivale a una

*Epidemiología como una estructura del Ministerio de Salud Publica.*" Antúnez Sánchez, Alcides Francisco. El sistema contravencional visto desde la óptica del derecho sanitario en el ejercicio de la inspección estatal por el Ministerio de Salud Pública como organismo de la Administración Pública de Cuba. Revista Derecho y Cambio Social. Perú. p 4.

[10] Organización Mundial de la Salud, *¿Qué es el Dengue*?, Preguntas y Respuestas, disponible en http://www.who.int/entity/ mediacentre/factsheets/fs117/es/index.html. Consultado en fecha 8 de mayo de 2014, Hora: 3.00 pm.

vida joven perdida casi cada 20 minutos."[11]

Los estudios de la fiebre del dengue y la fiebre del dengue hemorrágico se han convertido, en los últimos años, en una de las principales y más priorizadas líneas de investigación científica que en Cuba se llevan a cabo. A pesar de que a inicios del siglo XX los investigadores Juan GUITERAS GENER, José T. CARTAYA y Arístides AGRAMONTE publicaron los primeros estudios sobre el Dengue desde la perspectiva de la doctrina Finlaísta, que asumió al mosquito Aedes Aegypti como principal agente transmisor, muy pocos trabajos sobre la enfermedad aparecieron registrados en la literatura científica nacional durante la primera mitad del siglo. Las campañas de eliminación de la fiebre amarilla urbana llevadas a cabo en toda la región latinoamericana durante el decenio 1950-1960, a partir de la erradicación del agente transmisor, contribuyeron a que el Dengue no fuera considerado un verdadero problema de salud para el país. Tan es así, que no fue hasta 1981, a raíz del primer brote ocurrido en la isla, el más grave reportado en la región hasta la fecha, que se comenzó a desarrollar en Cuba un verdadero programa de investigación sobre la enfermedad que, en conjunto con la movilización de todos los sectores de la sociedad para la erradicación del mosquito Aedes Aegypti, pudieran hacer frente a los cada vez más frecuentes eventos epidémicos. El dengue constituye, sin lugar a dudas, la enfermedad viral transmitida por vectores más extendida en el mundo y resulta uno de los principales desafíos a los que han de enfrentarse las instituciones sanitarias en el presente siglo. Los países tropicales, debido al hábitat y a las características del principal vector de la enfermedad, presentan un alto riesgo de transmisión del dengue, situación que se hace aún más compleja si se tiene en cuenta que la mayor parte de estos países son naciones en vías de desarrollo, con un PIB bajo, deficientes sistemas nacionales de salud y con pocos recursos para implementar políticas eficaces para la erradicación del vector. En la región de las Américas, donde la prevalencia y el riesgo ante la presencia del vector son notablemente altos, el número de casos ha aumentado sostenidamente durante los últimos años, incrementándose peligrosamente. A pesar de las

[11] Toledo Romani, María. *Ensayos Comunitarios para la prevención del Dengue: de la investigación formativa la práctica*. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias de la salud, Instituto de Medicina tropical Pedro Kourí. Cuba. 2009. p.1.

acciones llevadas a cabo tanto por la OMS como por la OPS, la posible introducción o re-introducción de nuevos serotipos, así como la circulación de cepas de mayor virulencia, indican la posible ocurrencia de nuevas epidemias en el Siglo XXI, al estar circulando en el país los 4 serotipos de Dengue.[12]

En Cuba, los antecedentes de la enfermedad documentados desde la extensa epidemia de dengue clásico ocurrida en el año 1977 causada por Dengue 1, a lo cual siguió 4 años más tarde, en 1981 la primera epidemia de dengue hemorrágico reportada en las Américas, cuyos focos se identificaron como pertenecientes al tipo II de la enfermedad, permaneciendo la Isla sin recibir ataques desde el año 1986 hasta el año 1997. En esta lustro se identificó en la provincia Santiago de Cuba un nuevo brote localizado en la cabecera provincial, de la modalidad dos, tal cual como hace más de una década. En los últimos 15 años, se han reportado, sobre todo en las provincias orientales y en la capital del país varios focos importantes (2000, 2001, 2006, 2010 y 2012,) en modalidades incluso más agresivas que califican como categoría 3 y 4. Ante la latencia constante de los riesgos asociados a esta epidemia se ha fomentado con una organización vertical desde hace más de 20 años un intenso programa de control del principal vector -el mosquito Aedes Aegypti-, unido a la voluntad política del gobierno de apoyar prioritariamente los programas de salud, que han potenciado el pronto combate a partir de la vigilancia activa y las acciones de control establecidas, permisivas a detectar tempranamente la presencia del virus y generar acciones oportunas para el enfrentamiento a brotes epidémicos.

En el país en el año 2013 se reportaron un total de 41 mil 532 casos confirmados contra 80 mil 279 en el año 2012. .Afectándose el 68,7 de las provincias del país, 16,6% de los municipios y el 22,3 % de las áreas de salud. Fundamentalmente en la Habana y los municipios cabeceras del país. Por primera vez circulación de los 4 serotipos en el país. La provincia Granma no estuvo estado exenta a la propagación de brotes de la epidemia, pues al cierre del año 2013 se acumularon 1130 casos confirmados, pertenecientes: 1129 al municipio Bayamo y 1 a Jiguaní, debido a que la vigilancia epidemiológica no funcionó de forma correcta y las condiciones de

[12] ARAUJO RUÍZ, Juan Antonio. *Producción científica cubana sobre Dengue en el contexto internacional*. Revista CENIC. Ciencias Biológicas. Vol. 41. Cuba. 2010. pp.1-12.

infraestructura, combinadas con actitudes irresponsables ante la sanidad colectiva de los habitantes de las zonas, potenció la aparición de focos del mosquito Aedes Aegypti, y con ello la propagación de la enfermedad en pequeñas escalas.

Ante esta situación los Centros Municipales de Higiene y Epidemiología (CMHE), las Unidades Municipales de Higiene y Epidemiologia (UMHE) a nivel de dirección así como los hospitales y policlínicos, con sus respectivos médicos de la familia subordinados, en el orden de la ejecución, han sido activos en los últimos años en la inspección sanitaria Estatal, en pos de controlar y hacer cumplir las disposiciones legales relacionadas con las normas higiénico sanitarias y antiepidémicas tendentes a prevenir, disminuir o erradicar la contaminación del medio ambiente y el saneamiento de las condiciones de vida, estudio y trabajo de la población, así como reprimir a los infractores de esas normas. De igual forma han proyectado su trabajo en pos de fortalecer la disciplina higiénico- epidemiológica y la responsabilidad de todos los órganos y organismos y de toda la ciudadanía en general ante el devenir de las enfermedades emergentes y remergentes ante la entrada de turistas y la contratación de capital humano cubano en más de 60 países.[13]

Sin embargo, ante el incremento de los riesgos de propagación y contagio de la enfermedad, en el territorio se evidencia durante el 1 cuatrimestre del año, que a pesar de haberse reducido de un año a otro alrededor del 50 por ciento las multas impuestas, la cantidad inspecciones, fiscalizaciones y otras acciones de control sanitario, así como la reducción en casi la mitad del valor pecuniario sancionado con motivo de las violaciones, aún resultan significativas el número de casos de personas que transgreden las normas higiénico-sanitarias, con especial incidencia en el municipio Bayamo (1028 multas, 11573 inspecciones, fiscalizaciones 2052 y 1527 acciones de otro tipo), lo cual, lejos de reflejar un descenso sobre un 30 por ciento promedio con respecto a igual periodo del año anterior (el menor descenso de la provincia en cuanto a tales indicadores) motivado en las características y complejidades de capital provincial y el avance en el programa de lucha contra el dengue, habla a las claras de las insuficiencias y las actualizaciones de los riesgos en la

[13] *Cfr.* Artículo 8, Resolución del Ministro de Salud Pública Nº 215, de fecha 27 días del mes de agosto de 1987. *Reglamento de la Inspección Sanitaria Estatal.*

más importante urbe granmense, que triplica y duplica a la mayoría de los territorios de la provincia en los indicadores previstos por el Ministerio de Salud Pública de Cuba en correspondencia con las regulaciones de la Organización Mundial de la Salud.

Ello se debe principalmente a las violaciones que se suscitan en el orden de las actividades de consumo doméstico así como en el desarrollo de las actividades productivas o de prestación de servicios en el orden de no lavar adecuadamente los envases para el agua, o el manejo deficiente de los residuos sólidos, no acudir dentro de las primeras 72 horas al médico de asistencia cuando manifiestan síntomas, indisciplinas en el control de estudiantes y colaboradores procedentes de otros países que arriban a Cuba y les falta el examen de control de salud o no han declarado el padecimiento de alguna enfermedad, por un lado, así como se manifiesta de forma significativa los casos en los cuales los agentes del servicio de inspección sanitaria estatal no acometen su trabajo de forma correcta, bien porque no lo realizan, bien porque lo hacen fuera de los ciclos establecidos de 22 días, bien porque no lo realizan siguiendo las normas y procedimientos correctos, bien porque no entregan los materiales como el Abate para prevenirlos e incluso lo comercializan; siendo en los casos detectados procesados disciplinariamente.

Sin embargo, a pesar de haberse reducido las acciones sancionadoras, de inspección, supervisión y control, los indicadores de la exigencia sanitaria se han elevado en el territorio en el período de referencia en el caso del coeficiente multas/inspección de un 10,7 a un 11, 4 por ciento de acciones de inspección que generaron multas. En este aspecto, los municipios con mayor incidencia fueron Media Luna, de un 12,8 a un 17,6 por ciento; Buey Arriba, de un 11,9 a un 15,7 por ciento y Bayamo, de un 8,5 a un 10, 4 por ciento, este último con mayores acciones de inspección que el resto de los municipios.

Ello evidencia la ciudadanía asume actitudes irresponsables ante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sanitaria vigente y consecuentemente ello pasa por una causal que deviene de la baja percepción de riesgo en la comunidad ante el contagio de tales enfermedades, hecho que posibilita la proliferación de vectores. En consecuencia, tal y como comenta desde la experiencia de un contexto regional cercano González Isla: *"La reducción de riesgos asociados a epidemias es una obligación estatal, con la participación de diferentes organismos y el papel rector de Salud*

*Pública, concebido el riesgo como la posibilidad y proximidad de que suceda un daño; es función de amenaza y vulnerabilidad. El Control Sanitario Internacional constituye un eslabón de gran importancia en el logro de ese objetivo, por lo que se dirigen importantes esfuerzos para lograrlo, y se incluyen acciones de control por el nivel nacional y provincial. A todas luces resulta prácticamente imposible un riguroso control de las enfermedades infecciosas sin la participación de todos."*

**2 - Potencialidades para la solución de la problemática planteada.**

Ante la situación planteada, en breve examen de las potencialidades para el enfrentamiento de los riesgos colectivos devenidos de la propagación del dengue se pueden distinguir entre las más importantes las siguientes:
a) Voluntad política en el territorio por impulsar un programa de prevención y control de las epidemias y enfermedades, con especial significación el dengue.
b) Funcionamiento regular y controlador de las instancias del Consejo de la Administración Provincial y en cada territorio de la provincia en relación a las acciones de prevención y control del dengue.
c) Experiencia y regularidad en el trabajo de los entes del sistema nacional de Salud en el territorio granmense para el desarrollo de los diversos programas de lucha anti vectorial e inspección sanitaria estatal.
d) Activación de las organizaciones de masas en pos de colaborar de forma directa con la prevención de las epidemias.
e) Colaboración intersectorial de Delegaciones de Ministerios e Institutos, así como de las entidades y empresas del territorio en la promoción, prevención y control de las políticas de lucha anti vectorial.

**3 - La inspección Sanitaria. Fundamentos de su régimen jurídico desde la actividad administrativa cubana.**

La Inspección Sanitaria Estatal, ejecutada por el Ministerio de Salud Pública en Cuba, es definida como el conjunto de actividades de prevención, tratamiento y control sanitario epidemiológico que realiza como función exclusiva el área de Higiene y Epidemiología a través del Viceministro que la atiende, a través de sus direcciones, departamentos especializados, los Centro Provinciales y los

Centros y Unidades Municipales de Higiene y Epidemiología y que tiene como objetivo exigir el cumplimiento de las disposiciones jurídico sanitarias.[14] Esta actividad pública, tiene sus antecedentes en la etapa pre revolucionaria, al ser ejecutada por la Administración estatal capitalista, dirigida a los ciudadanos y al sector público en general, estuvo regulada en el artículo 1903, del Código Civil de aquella época.[15]

El actual sustento legal de esta actividad inspectora realizada por parte del Ministerio de Salud Pública, se reguló en el Decreto Ley No. 54, Disposiciones Sanitarias Básicas de 1982, el mismo autoriza en su Disposición Final Primera a dictarse las metodologías necesarias para la correcta aplicación y ejecución de lo dispuesto en este cuerpo legal. Concerniente a la ejecución de la Inspección Sanitaria Estatal en el país, por el Sistema Nacional de la Salud, al no quedar aprobado en la etapa de institucionalización el Código Sanitario en la década de los 70 del siglo pasado.[16]

Con posterioridad se reguló en el ordenamiento jurídico, la Ley No. 41, como la Ley de la Salud Pública en 1983, la misma establece en su artículo 57, el Ministerio de Salud Pública tendrá a su cargo la Inspección Sanitaria Estatal en la esfera de su competencia y a los efectos del cumplimiento de su ejecución y control, la ejecutará a través de sus Centros y Unidades de Higiene y Epidemiología, al dictar las disposiciones que deben ser cumplidas directamente por todos los órganos y organismos, organizaciones y demás dependencias y entidades estatales, particulares o mixtas, cualquiera que sea el nivel de subordinación, por toda la población y los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional.[17]

Héctor Garcini, señaló que en los primeros años de la Revolución no existían las condiciones adecuadas para crear las instituciones del Sistema de la Salud hoy establecidas para el Estado proletario de aquella etapa histórica en Cuba. Raúl Castro, sitúa al 1970 cuando

---

[14] Resolución Ministerial No. 215 de 1987. *Reglamento de la Inspección Sanitaria Estatal*. Ministerio de Salud Pública. Cuba.

[15] *Código Civil* de la etapa de la Metrópoli Española en Cuba.

[16] Anteproyecto del *Código Sanitario Cubano*. Consejo de Ministros de la República de Cuba. 1976.

[17] Ley No. 41 de 1985. *Ley de la Salud Pública.* Cuba.

se comienza el proceso de institucionalización en la nación cubana, a partir de la restructuración del Consejo de Ministros y la creación de su Comité Ejecutivo, se reorganiza entonces el sistema judicial y se crean las condiciones para instalar instituciones representativas experimentales en la provincia de Matanzas y con ello como una de las primeras leyes que beneficiaron al pueblo cubano estuvo la del acceso a la salud de manera gratuita a todos los ciudadanos. Tiene lugar además en todos estos cambión en el país la celebración del 1er Congreso del Partido Comunista de Cuba y se aprueba la Constitución Cubana el 24 de febrero de 1976, como el punto culminante de todo este proceso por la Administración Pública.
La actividad de la inspección sanitaria, realizada por el MINSAP, tiene vínculos con la potestad inspectora que también se ejecuta por otros organismos de la estructura administrativa en el país, es el caso del CITMA quien tiene el encargo de la protección del medio ambiente, del MININT en relación a la seguridad y la salud laboral, con el MTSS para las regulaciones vinculadas con la salud laboral y con los cuerpos de inspección de los Consejos de la Administración, entre otros. Esta actividad inspectora realizada en las estructuras del Sistema de Salud tal y como se regula en la norma administrativa interna para el ejercicio de la Inspección Sanitaria Estatal, tiene entre sus facultades, la de comprobar y exigir el cumplimiento de la responsabilidad administrativa y la penal en el marco de sus competencias, tanto para las personas naturales o las jurídicas que la vulneren, por lo que utilizan para ello lo regulado en el ordenamiento jurídico cubano en materia de Derecho Administrativo Sancionador y en la normativa penal. A partir de lo regulado en el Decreto Ley No. 100 de 1980, en su artículo 9, en el inciso d, facultad a los inspectores estatales a solicitar, en los casos que proceda, el inicio del correspondiente procedimiento disciplinario contra los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores presuntamente responsables de las infracciones detectadas.

### 3.1 La organización de la Actividad administrativa en el Sector de la Salud Pública Cubana.

Las actividades relacionadas a la salud constituyen, al decir de Pemán Gavín, *"uno de los servicios públicos más importantes y característicos del Estado social de nuestros días que encaja con natu-*

*ralidad dentro de los esquemas y principios propios de la "Administración prestacional" (universalidad, igualdad, continuidad, financiación pública, etc.)"* [18] Uno los grandes temas cuya discusión hoy día no cesan en la doctrina, a pesar de haberse generado miles de páginas por parte de los más connotados iuspublicistas; resulta sin duda alguna el referido a la actividad administrativa y la concepción de la Administración Pública. Tal situación se debe en buena medida a que el contenido de la actividad administrativa y la propia concepción de la Administración públicas han sido dos conceptos variables y no uniformes, consustanciales con el tiempo, el escenario geográfico, el régimen sociopolítico y en especial referencia dentro de este, la intervención del Estado en las relaciones sociales en sus distintas modalidades. Consecuentemente, tal y como comenta Forsttofth: *"La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar orientada toda su actividad. La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución. Con ello quedan diseñados la posición especial y el cometido del Gobierno del Estado."* [19]

En tal sentido, de la mano de los criterios de RUIZ y GÓMEZ [20] y Morel Ocaña [21] se toman como base los criterios de Garcini Guerra,

---

[18] Pemán Gavín, Juan. Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro. *Revista de Administración Pública,* Nº 156. España. 2001. pp. 102-103.

[19] Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo,* traducción de Legaz Lecambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junje, Instituto de Estudios Políticos. España. 1958. p 30.

[20] Para este autor "lo administrativo" "como acción organizada de funcionarios y empleados públicos encaminada a la realización directa, indirecta, y casi siempre concreta de determinadas conveniencias de interés común. Ruiz y Gómez, Julián Modesto, ob. cit. p 12

[21] *La Administración pública, como complejo institucional, es, en cada momento histórico, ante todo un agregado de las diversas respuestas del poder político a las exigencias que cada coyuntura histórica le va planteando; es la sensibilidad del poder frente a las necesidades sociales la que dibuja el cuadro institucional que se levanta sobre el horizonte de problemas en que cada época nos sitúa. Ahora bien, en esta tarea el poder no es enteramente libre: recibe una herencia, un pasado estructural y, más*

para quien "*La Administración se nos presenta en un doble aspecto. Como sujeto es un complejo de órganos, armónicamente constituido, unido por relaciones jerárquicas y de coordinación. En su objeto es acción, actividad encaminada a cumplir finalidades estatales. Así el Derecho Administrativo comprenderá la estimativa jurídica de la Administración-organismo y de la Administración-actividad.(…)(Es por tanto) Una compleja estructura orgánica que actúa para la obtención de finalidades estatales concretas, en beneficio de los intereses de la sociedad.*" [22]

En consecuencia cabría cuestionarse: ¿Cómo se implican tales concepciones teóricas en el diseño orgánico y funcional (objetivo y subjetivo) correspondiente al sector de la intervención administrativa en la protección de la salud en Cuba? Desde un enfoque integral, el Sistema Nacional de Salud deviene en la Administración Pública en este sector, en tanto resulta un *"conjunto de unidades administrativas, de servicios, producción docencia e investigación responsabilizadas con la atención integral de la salud de la población."*[23] En tal sentido, según se establece en el artículo Nº 2 de la Ley de Salud Pública: *"La organización de la salud pública y la prestación de los servicios que le corresponda, los realiza el Estado a través del Ministerio de Salud Pública y otras instituciones, así como de las Direcciones de Salud de los órganos locales del Poder Popular, dentro de sus respectivas esferas de competencia, conforme establece la legislación."*[24] Desde una visión subjetiva, relacionada a la llamada teoría orgánica, la intervención Administrativa del Estado se basa en el establecimiento de la Administración Pública de la Salud, del cual el Ministerio de Sa-

---

*que proceder a una construcción de nueva planta, estira las instituciones heredadas, distorsiona a veces los ejes sobre los que se apoyan y afronta así las necesidades nuevas. Por eso la Administración no aparece en la vida real como reflejo de un esquema teórico, sino como un producto histórico formado por aluvión, como un complejo institucional en el que se han ido decantando las creaciones del pasado y las añadiduras del presente."* Morell Ocaña, Luis, La Evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria. Revista de Administración Pública, Nº 63, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1970. p.131

[22] Garcini, Héctor, *ob. cit., p 20.*

[23] Artículo 5 de la Ley 41.

[24] Artículo 2 de la Ley 41.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 299-330

lud Pública, resulta en calidad de Organismo de la Administración Central del Estado[25], subordinada al Consejo de Ministros, su ente administrativo superior con competencia atribuida para el desarrollo de las actividades relacionadas con *"la rectoría metodológica, técnica y científica, en las prestación de los servicios, (pues) elabora el Plan Ramal de la Salud Pública y regula el ejercicio de la medicina y de las actividades que le son afines, fijando las condiciones, requisitos y limitaciones de las mismas".*

Con el establecimiento de una estructura Ministerial dotada de diversas direcciones y entes prestacionales(unidades presupuestadas e instrumentales (organizaciones empresariales) de nivel nacional relacionadas con la dirección de las actividades del sector se asegura el adecuado establecimiento de relaciones transectoriales de coordinación con otros Organismos de la Administración Central del Estado para el desarrollo de actividades relacionadas con la Salud Pública[26] así como de las relaciones jerárquicas con direcciones y entes prestacionales e instrumentales (organizaciones empresariales) de nivel local, legitimados desde el propio texto constitucional hacia el establecimiento de los gobiernos locales (provinciales y municipales) en las demarcaciones geográficas correspondientes a las provincias, municipios y el Municipio Especial Isla de la Juventud; los cuales en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros Nº 6176 de fecha 13 de noviembre de 2007 "Reglamento de las Administraciones Locales del Poder Popular",[27] configuran la organización de

[25] El Acuerdo No. 2840, de 25 de noviembre de 1994, adoptado por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, establece que el Ministerio de Salud Pública, es el Organismo encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno, en cuanto a la salud pública, el desarrollo de las ciencias médicas y la industria médico-farmacéutica, teniendo entre sus atribuciones y funciones específicas, la de regular el ejercicio de la medicina y de las actividades que le son afines.

[26] El artículo 7 de la Ley 41 preceptúa: *"Con la autorización del Consejo de Ministros, otras instituciones, pueden tener subordinadas unidades de salud, encontrándose las mismas en la obligación de dirigirlas de acuerdo con la legislación de salud pública vigente. Para hablar de relaciones transectoriales"*

[27] En su artículo 2 se establece*: "Las administraciones locales son creadas por las asambleas provinciales y municipales del Poder Popular atendiendo a la división político-administrativa del territorio nacional. Las administraciones provinciales, en su actividad, tienen como premisa el concepto constitucional de que la provincia es la sociedad local, con personalidad jurídica a todos los efectos legales, organizada políticamente por la Ley, como eslabón intermedio entre el Gobierno central y el*

los Consejos de la Administración Municipal y Provincial como sus Órganos de Administración[28], con subordinación directa y funcionamiento en los periodos entre sesiones de las Asambleas Municipales y Provinciales del Poder Popular como órganos de representación del Estado Cubano en los territorios, estando legitimadas en virtud del artículo 13 apartado 3º del propio Reglamento para *"Proponer al Ministerio de Economía y Planificación la creación, fusión y extinción de entidades administrativas, económicas, de producción y servicios de subordinación local que dirige y controla".*

En tal esquema administrativo a nivel local, las Direcciones Provinciales y Municipales de Salud Pública, legitimadas a partir del artículo 38 y siguientes del Reglamento de las Administraciones Locales del Poder Popular, se establecen como estructuras administrativas de dirección a nivel local, a las cuales se encuentran subordinados los diversos entes prestacionales (unidades presupuestadas) así como los entes instrumentales (organizaciones empresariales) que gestionan y aseguran los recursos necesarios para la prestación de las actividades del sector de la salud. En tal sentido, la estructura administrativa a nivel local se complementa con el establecimiento de Hospitales y Policlínicos.

---

*municipal, en una extensión superficial equivalente a la del conjunto de municipios comprendidos en su demarcación territorial, que ejerce las atribuciones y cumple los deberes estatales y de administración de su competencia y tiene la obligación primordial de promover el desarrollo económico y social de su territorio, para lo cual coordina y controla la ejecución de las políticas, programas y planes aprobados por los órganos superiores del Estado, con el apoyo de sus municipios, conjugándolos con los intereses de éstos. Las administraciones municipales, en su actividad, tienen como premisa el concepto constitucional de que el municipio es la sociedad local, con personalidad jurídica a todos los efectos legales, organizada políticamente por la Ley, en una extensión territorial determinada por las relaciones económicas y sociales de su población y con capacidad para satisfacer las necesidades mínimas locales*", Consejo de Ministros, Acuerdo Nº 6176 de fecha 13 de noviembre de 2007, publicado en Gaceta Oficial Ordinaria Nº 81 de fecha 11 de diciembre de 2007.

[28] En el artículo 3 del Acuerdo 6176 se establece: "*Las administraciones locales subordinadas a sus respectivas asambleas del Poder Popular están constituidas por sus órganos de la Administración, que son los que las dirigen, y por las entidades económicas, de producción y de servicios de subordinación local, con el propósito de satisfacer las necesidades económicas, de salud y otras de carácter asistencial, educacionales, culturales, deportivas y recreativas de la colectividad del territorio a que se extiende la jurisdicción de cada una. Los órganos de la Administración antes mencionados se denominan, según el caso, Consejo de la Administración Provincial y Consejo de la Administración Municipal."*

Desde la visión que se acomete en las presentes reflexiones, el rol del Sistema Nacional de Salud, concretamente de su Ministerio, se encuentra competencialmente legitimado para la planificación, estudio, la planificación, programación, dirección, ejecución y control de toda la actividad concerniente a la Protección de la Higiene y la Política Epidemiológica a partir de la lucha anti epidémica, la Inspección Sanitaria Estatal, la profilaxis higiénico-epidemiológica y la educación para la salud. Esta actividad se realiza en tres niveles: Ministerio de Salud Pública, los órganos locales del Poder Popular en provincias y en municipios.[29] Son fijados los entes administrativos en cada nivel de dirección y subordinación encargados de acometer las actividades propias de la política epidemiológica del país, al definir la competencia de Centros Provinciales de Higiene, Epidemiología y Microbiología, para la dirección técnica y metodológicamente a las Direcciones Municipales en los campos de la higiene y epidemiología, los que a su vez tendrán en lo administrativo una subordinación hacia el Director Municipal de Salud Pública. Consecuentemente, los policlínicos, hospitales y demás unidades del Sistema Nacional de Salud, se sitúan en la materia bajo el control, asesoramiento y supervisión de los planes y programas de los Centros y Unidades de Higiene y Epidemiología.[30]

### 3.2 La inspección como forma de la actividad administrativa.

Tal y como fundamenta Bermejo Vera: *"Se habla de actividad, función o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento, para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar acabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, ins-*

[29] Al respecto Cfr. Artículo 52-54 de la Ley 41, *Ley de Salud Pública*, artículo 100 del Decreto 139 *Reglamento de la Ley de Salud Pública* y artículos 2-3 del Decreto Ley No. 54 *Disposiciones Sanitarias Básicas. Cuba.*

[30] artículos 104-105 del Decreto 139 *Reglamento de la Ley de Salud Pública* y artículo 6 del Decreto 54 *Disposiciones Sanitarias Básicas*. Cuba.

*talaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas. El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad."* [31]
Pueden ser distinguidos sus elementos sobre los siguientes aspectos: **a)** Es, en primer lugar, actividad de ejecución, porque interviene directamente en el desarrollo del resto de las actividades administrativas. **b)** Coadyuva sólo a las personas físicas o jurídicas que las normas determinen el someterse al control que se deriva de la potestad de inspección, en la medida que precisamente prescribe la norma. **c)** Constituye una pieza muy importante para lograr el cumplimiento de la legalidad, pues garantiza el cumplimiento de las normas reguladoras, el ejercicio de la libertad de empresa y permite el asesoramiento y colaboración de los afectados.
Desde el ordenamiento jurídico cubano, la regulación de esta forma de la actividad administrativa cuanta con un reconocimiento en el Decreto Ley 100, como norma desarrolladora de las facultades y competencias envestidas a los órganos y organismos del Estado desde la Constitución de la República. En tal sentido desde el artículo 1º del Reglamento se sostiene: *"La inspección estatal consiste en la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones y normas jurídicas vigentes, llevadas a cabo por los organismos centrales de la Administración del Estado, dentro de su propio sistema o en el ejercicio de su función rectora, o por los órganos locales del Poder Popular, estos últimos, a través de sus dependencias administrativas, sobre las actividades administrativas, de producción y servicio."*[32]
Consecuentemente, en el propio cuerpo normativo se legitima la competencia de los organismos centrales de la Administración del Estado, en todo el territorio nacional, para ejercer o disponer la inspección de las actividades de las cuales son rectores, y dictan las normas y procedimientos para su ejecución en todos los niveles[33]

[31] Bermejo Vera, ob. cit., pp 40-41.

[32] Consejo de Ministros, Decreto Nº 100 *Reglamento General De La Inspección Estatal*, publicado en Gaceta Oficial, Edición Ordinaria, Número 14, La Habana, 10 De Febrero De 1984, Año LXXXII, Página 173 . hptt//www.gacetaoficial.cu

[33] Cfr. Ídem, Artículo 4.

### 3.3 La inspección sanitaria en Cuba. Caracterización de su régimen jurídico y vinculación con la actividad sancionadora.

La inspección Sanitaria Estatal en Cuba parte del ámbito de competencia del Ministerio de Salud Pública y su Sistema Nacional de Salud para desarrollarla y de tal forma, exigir y controlar el cumplimiento de las disposiciones sanitarias y anti epidémicas tendentes a prevenir, limitar o eliminar la contaminación del ambiente, sanear las condiciones de trabajo y el estudio de la población, así como implantar y exigir la aplicación de las acciones, normativas regulaciones sanitario-epidemiológicas dirigidas a la prevención, disminución y erradicación de las enfermedades y otras alteraciones de la salud humana.[34]

Consecuentemente, en el ordenamiento jurídico cubano cuenta con una positivización en la Resolución Ministerial No. 215, de fecha 27 días del mes de agosto de 1987, donde en su artículo 1º se preceptúa: *"La Inspección Sanitaria Estatal (en lo adelante ISE) es el conjunto de actividades de prevención, tratamiento y control sanitario epidemiológico que realiza como función exclusiva el área de Higiene y epidemiología a través del Viceministro que la atiende, sus direcciones, departamentos especializados, los Centro Provinciales y los Centros y Unidades municipales de Higiene y Epidemiología y que tiene como objetivo exigir el cumplimiento de las disposiciones jurídico sanitarias."*[35]

Desde esa perspectiva, a partir de la regulación y organización de la actividad[36] tiene dos grandes direcciones: por un lado la relativa a la higiene y epidemiología de los centros infantiles y educacionales a todos los niveles[37] y por el otro referidos a procesos diversos de la producción y los servicios[38]

---

[34] Cfr. Artículo 114 de la Ley 41, *Ley de Salud Pública*. hptt//www.gacetaoficial.cu

[35] Ministerio de Salud Pública, Resolución Ministerial Nº 215, de fecha 27 de agosto de 1987 *Reglamento de La Inspección Sanitaria Estatal*. hptt//www.gacetaoficial.cu

[36] Cfr. Ídem, Artículo 119.

[37] Cfr. Ídem, Artículo 160

[38] a) Proyectos constructivos, construcción, apertura y b) Funcionamiento de toda fábrica o establecimiento de medicamentos, productos biológicos y de otros artículos o sustancias de uso doméstico o terapéutico; c) Procesos, métodos y sistema de elaboración

Como correlativo, desde la propia Ley de Salud Pública se fija el nivel de subordinación de los agentes encargados de la inspección en las instituciones higiénico-epidemiológicas del Sistema Nacional de Salud,[39] los cuales en virtud del Reglamento para la Inspección Sanitaria resultan competencialmente legitimados para el cumplimiento de un amplio cúmulo de 44 funciones.[40] Del amplio cúmulo de funciones encargadas a los inspectores sanitarios estatales, emanan en el orden práctico diversas limitaciones en su accionar, sobre todo derivadas de la dispersión que en materia legislativa tiene el régimen contravencional aplicable a la Higiene y Epidemiología y que vienen de diversas materias y áreas actividades, dado el carácter transectorial y técnico que presenta la inspección sanitaria estatal que incide en el trabajo por cuenta propia, la actividad productiva, científica, médica, educativa, laboral, agropecuaria, de control sanitario internacional, etc. Ello influye directamente en que en reiteradas ocasiones se parte del desconocimiento de los destinatarios de las normas, no ya el inspector, sino las personas naturales, quienes en determinadas situaciones de riesgo no asumen la realización la cabalidad de las acciones que competencialmente les corresponde acometer. Y pasa por un tema de fondo como lo es la capacidad de ser imputable, pues si bien en la Ley de Salud Pública se establece

---

de medicamentos, productos biológicos, fitoquímicos y materias primas; y d) Rotulación, conservación, envase, almacenamiento, comercialización, transportación y expendio de productos terapéuticos. Cfr artículo 162 de la Ley 41, "Ley de Salud Pública". hptt//www.gacetaoficial.cu

[39] artículo 115 2do párrafo de la Ley 41, "Ley de Salud Pública". hptt//www.gacetaoficial.cu

[40] Entre ellas destacan la clausura inmediata de locales, la retención como medida administrativa para el control sanitario de las materias primas, el decomiso sanitario de alimentos, cosméticos, juguetes, desinfectantes, plaguicidas de uso doméstico y cualquier tipo de producto, artículo, material o sustancias que puedan afectar la salud humana paralización de: transporte, obras en construcción; y actividades de venta o servicio en establecimientos o locales de cualquier tipo cuando las violaciones Aplicar disposiciones sanitarias, Expedir, negar o retirar licencias sanitarias, Expedir o negar o retirar licencias de utilización o habitabilidad, Imponer multas administrativas a los infractores de la legislación sanitaria. Así mismo están facultados para Prohibir la utilización de las sustancias químicas, medios y métodos de producción Prohibir la utilización de productos alimenticios no aptos para consumo humano, Prohibir a las autoridades docentes la permanencia en las instituciones infantiles, educacionales y otras de los educandos que son portadores o están infectados por agentes biológicos y puedan propagarlos Exigir el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en materia sanitaria. Aplicar medidas de cuarentena.

en cumplimiento general de la norma jurídica, el actual reglamento de la Inspección Sanitaria Estatal, al referirse a los sujetos responsables realiza distinciones innecesarias[41] que colisionan en la interpretación y aplicación de la norma con lo preceptuado en el Decreto Ley No. 54[42] en relación a la imputabilidad de las personas.

### 3.3.1 La exigencia de la responsabilidad como resultado de la inspección sanitaria estatal.

En Cuba, al igual que en el viejo mundo, no se hablaba del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, hasta que no se desarrolló el derecho administrativo y por ende las disposiciones jurídicas que comenzaron a tipificar los ilícitos administrativos, lo que no dice en modo alguno que no existieran órganos administrativos, ni intereses que protegían en este orden antes del siglo XX del pasado siglo. Ejemplo de ello lo tenemos con la Legislación de Indias, implementada por la Metrópoli en nuestro país, quienes con la tendencia de establecer la función social y educativa que la policía cumple, los conquistadores la trasladan a Cuba, para reducir a la población indígena y hacerlos útiles a la vida civilizada, bajo la égida de la cruz y la espada.[43]
En los finales del siglo XIX en Cuba se hicieron extensivos los Códigos Penales y Civiles de la Metrópoli, los que contribuyeron al proceso de institucionalización judicial en el país en todos los órdenes. Ya en el 1936 se promulga en el país la Ley No. 802,

[41] ARTÍCULO 118.- Los encargados o responsables locales, de edificios multifamiliares, y de entidades laborales, así como cualquier otra persona natural, serán responsables, de conformidad con la legislación vigente, de las contravenciones sanitarias detectadas mediante la inspección sanitaria estatal o sus medios técnicos. hptt//www.gacetaoficial.cu

[42] Articulo 95.- Los trabajadores y empleados, así como los directores, administradores, propietarios, encargados o responsables de locales o edificios, establecimientos, unidades, empresas, cooperativas o dependencias administrativas, industriales o de servicios o de otro orden así como cualquier otra persona natural o jurídica, son responsables de las infracciones que cometan o permitan que otros cometan, de las disposiciones de este Decreto-Ley y su legislación complementaria. hptt//www.gacetaoficial.cu

[43] GÓMEZ TRETO, Raúl. *La nueva legislación cubana de infracciones administrativas*. Universidad de La Habana. Cuba.p.4. Coincide GOMEZ PEREZ, Ángela. *Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba.* Temas de Derecho Administrativo Cubano. Editorial Félix Varela. Cuba. 2005. p.538.

Código de Defensa Social, norma que recogió los tipos contravencionales en sustitución del término de faltas usado por el que le precedió, promulgada el 4 de abril de 1936, la misma en su tercer libro recogió los tipos contravencionales, no usando el término de faltas como anteriormente aparecía en otras disposiciones jurídicas conceptualizado.[44]

En el año 1979 dentro de la etapa de institucionalización, mediante el Decreto Ley No. 27[45] , luego de la extracción del Código Penal las contravenciones, se constituyen en infracciones administrativas, para proteger a los bienes jurídicos en relación con las normas establecidas por el Consejo de Ministros, al amparo del Decreto Ley No. 80 de 1984[46]; podemos significar que la experiencia que existía en el país con su aplicación la causal por la que se determinó la conveniencia de simplificar y a la vez complementar la legislación en esta materia.

Al concluir la década de los años ochenta, al realizarse las modificaciones a la legislación penal, con la promulgación de la Ley No. 62 en 1987[47] y casi al unísono dio a la luz el nuevo modo de exigencia de la responsabilidad administrativa a través de las Contravenciones Personales. Tiene su expresión jurídica en el Decreto Ley No. 99[48] de 1997, con el advenimiento en Cuba del denominado período especial, es algo real que la economía y la sociedad cubana se afectaron sensiblemente, teniendo el país que ejecutar una apertura económica la que hoy en día nos ha permitido subsistir al acérrimo bloqueo de los Estados Unidos impuesto por más de cincuenta años. Esta norma jurídica, define a la contravención, como "la infracción de las normas o disposiciones legales que carecen de peligrosidad social por la escasa entidad de sus resultados". Pero

[44] Código de Defensa Social. Cuba. hptt//www.gacetaoficial.cu

[45] Decreto Ley No. 27, sobre *Infracciones Administrativas*. MINJUS. 2002. hptt//www.gacetaoficial.cu

[46] Decreto Ley No. 80, sobre las infracciones administrativas. MINJUS. 1999. hptt//www.gacetaoficial.cu

[47] Ley No. 62 de 30 de abril de 1988, *Código Penal* (2004). Editora MINJUS. La Habana. Cuba. G.O. Esp. No. 3 de 30-12-1987. hptt//www.gacetaoficial.cu

[48] Decreto Ley No. 99 de 1987, sobre las *contracciones personales*, y su aplicación en Cuba. MINJUS. 2000. hptt//www.gacetaoficial.cu

que ocurrió, una ruptura entre esta legislación y las reglas que para su concepción sistemática pretendió establecer esta norma, lo cual aún hoy día persiste.

En los comienzos de la década de los años 90, culminando el siglo XX, en el país comienza toda una proliferación de disposiciones legales en materia contravencional, que incluyen muchas de ellas la figura institucional, aparece además la multa en moneda nacional y en pesos convertibles. Normativas emitidas por el Consejo de Estado y otras por el Consejo de Ministros de la República de Cuba, ratificadas en la Asamblea Nacional del Poder Popular. Luego del proceso de despenalización se aperturan dos procedimientos en materia de imposición de los denominados supuestos contravencionales, el primero define las multas personales, a partir del Decreto Ley No. 99 de 1987. El que define a: las multas personales: La letra de la norma, las dispone en el artículo, que señala que se les imponen a las personas naturales, la multa, en relación con la persona natural, en relación con lo que se establece en nuestra legislación civil.

Como otro momento distintivo lo encontramos a partir de la promulgación del Decreto Ley No. 274 al finalizar la década de los años 90 del pasado siglo, cuando se decide la imposición de multas a las Personas Jurídicas. Reconocidas como las multas institucionales: son las impuestas a las personas jurídicas, relacionadas con lo establecido en la Carta Magna y en los Decretos Leyes No. 67 y 147 respectivamente, como en el Acuerdo No. 6176 de 2001 para los Consejos de la Administración en municipios y provincias, a través de sus cuerpos de inspectores, dentro de la Administración Pública cubana. Otra de las problemáticas que en la actualidad se reconocen es que dentro del Sistema de Salud en Cuba están dirigidos a que el inspector sanitario es Juez y Parte, acorde a lo establecido en el artículo 57 de la Ley No. 41, sobre la Verticalidad de la Inspección Sanitaria Estatal, cosa que es similar en la doble subordinación a los Órganos Locales del Poder Popular, estos con su influencia administrativa no contribuyen al cumplimiento de las ordenanzas sanitarias de manera adecuada en su mayoría. Bien podría pensarse en cambiar la subordinación de este cuerpo de inspección para el Consejo de Ministros, designando a estos inspectores en un examen por oposición contentivo de cuestiones técnicas y legales. La norma general no establece el procedimiento para dirimir el trámite

o sea la investigación sobre la pretensión formulada por el apelante, por lo que las autoridades sanitarias realizan la indagación a partir del conocimiento por escrito del alegato de inconformidad de la multa impuesta, luego acorde a la causal de la multa es solicitado el concurso del especialista en la materia (medicina ocupacional, alimentos, agua, enfermedades trasmisibles, trabajo no estatal, medio ambiente, ordenamiento territorial, entre otras) y se decide en cuestión tras el análisis del Expediente Sanitario y lo que se señaló en la inspección estatal. Las que se fundamentan legalmente al amparo de las normativas siguientes:

- Decreto no. 104 de 1982. Reglamento del Control Sanitario Internacional.[49]
- Decreto no. 123 de 1984. Infracciones contra el ornato, la higiene y otras actividades.[50]
- Decreto Ley No. 274 de 2001. Actividades que se ejercen en el Trabajo por Cuenta Propia.[51]
- Decreto no. 201 de 1995, Infracciones contra el ornato, la higiene y otras actividades. Ciudad de La Habana.[52]
- Decreto 200[53] de 1999. Contravenciones en materia de medio ambiente.
- Decreto Ley 272[54] de 2001. Contravenciones en materia de ordenamiento territorial y de urbanismo.

Lo que permite continuar afirmando a los autores, la multiplicidad en materia legislativa relacionada con el derecho administrativo sancionador, que de una forma u otra puede traer consecuencias

[49] Decreto No. 104, Control Sanitario Internacional. G.O. Ordinaria No.38 de fecha 6 de mayo de 1982. hptt//www.gacetaoficial.cu

[50] Decreto No 123, 29 de marzo de 1984, Consejo de Ministros, "De las infracciones contra el Ornato Público, la Higiene y otras actividades ".hptt//www.gacetaoficial.cu

[51] Decreto Ley No. 274 de 2001. Actividades que se ejercen en el Trabajo por Cuenta Propia. hptt//www.gacetaoficial.cu

[52] Decreto No 201, 10 de abril de 1995, Consejo de Ministros, "De las infracciones contra el Ornato Público, la Higiene Comunal en Ciudad de La Habana." hptt//www.gacetaoficial.cu

[53] Decreto Ley No. 200, Contravenciones en materia de medio ambiente. G.O. Ordinaria No.83 de fecha 23 de diciembre de1999. hptt//www.gacetaoficial.cu

[54] Decreto Ley No. 272, Contravenciones en materia de ordenamiento territorial y de urbanismo. G.O. Ordinaria No. 2 de fecha 21 de febrero de 2001. hptt//www.gacetaoficial.cu

negativas a los inspectores al momento de imponer contravenciones, por lo que resulta necesario ir pensando en agrupar todas las figuras contravencionales en un Código Contravencional.

## 4. Conclusiones

**PRIMERA**: El Dengue como enfermedad vírica transmitida por la picadura de las hembras infectadas de mosquitos del género Aedes, luego de más de veinte años de prevención, enfrentamiento y control de riesgos en el país ante los diversos brotes y contagios de las cuatro variedades conocidas, se ha manifestado en la Provincia Granma con altos índices de manifestación en el año 2013 e inicios del 2014, motivado por un conjunto de causas objetivas y subjetivas inherentes a la población a al actuar de los agentes del Sistema Nacional de Salud, que detrimentan los índices de calidad de vida y la bioseguridad colectiva, con afectaciones directas al medio ambiente, que se han expresado en el aumento de inspecciones estatales sanitarias y la imposición de multas por violaciones a las normas que rigen la actividad de higiene y epidemiología.

**SEGUNDA**: Dentro de la problemática analizada se identificaron las siguientes potencialidades para su solución: **a)** Desarrollo de una voluntad política en el territorio por impulsar un programa de prevención y control de las epidemias y enfermedades, con especial significación el dengue. **b)** Funcionamiento regular y controlador de las instancias del Consejo de la Administración Provincial y en cada territorio de la provincia en relación a las acciones de prevención y control del dengue. **c)** Potenciación de experiencia y regularidad en el trabajo de los entes del sistema nacional de Salud en el territorio granmense para el desarrollo de los diversos programas de lucha anti vectorial e inspección sanitaria estatal. **d)** Activación de las organizaciones de masas en pos de colaborar de forma directa con la prevención de las epidemias. **e)** Colaboración intersectorial de Delegaciones de Ministerios e Institutos, así como de las entidades y empresas del territorio en la promoción, prevención y control de las políticas de lucha anti vectorial.

**TERCERA**: Del análisis de las normas que regulan la inspección estatal sanitaria y la exigencia de responsabilidad administrativa por violaciones a las normas higiénico-epidemiológicas en la lucha contra el dengue se regularizan que la actividad de Higiene y Epidemiología en Granma por los entes del Sistema Nacional de Salud en relación con la lucha contra el dengue presenta deficiencias y limitaciones que se expresan en los siguientes elementos:

a) Inexistencia de un marco regulatorio adaptado a las condiciones y características del territorio granmense en la lucha contra el dengue.

b) La inspección Sanitaria Estatal resulta de difícil aplicación en la práctica epidemiológica, en especial referencia en la lucha contra el dengue, pues contiene un espectro de destinatarios que son tratados de formas diversas entre los distintos cuerpos normativos que regulan la actividad; hecho que trae consigo la ruptura de la fuerza de irresistibilidad imperativa de la norma, por la confusión de los términos que se utiliza para definir los sujetos responsables con los resultados negativos de acciones de inspección sanitaria estatal.

c) La inspección Sanitaria Estatal en Cuba se manifiesta con una inadecuada regulación jurídica, por cuanto el contenido de las actividades a inspeccionar se encuentran en un considerable grado de dispersión jurídica dada la alta densidad normativa que la actividad contravencional presenta, en especial en normas de carácter sectorial y transectorial con pronunciamientos hacia el control de la higiene y epidemiología;

d) En el orden práctico la aludida dispersión y falta de asistematicidad atentan contra la debida seguridad jurídica de las personas pues se ven vinculados a normativas sectoriales o transectoriales a las cuales no tienen acceso o conocimiento, sin perjuicio de la responsabilidad que se deriva ante los resultados de las inspecciones, fundados en la baja percepción del riesgo y actitudes negligentes que tal desconocimiento provoca.

## 5. Bibliografía

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, El sistema contravencional visto desde la óptica del Derecho Sanitario en el ejercicio de la inspección estatal por el Ministerio de Salud Pública como organismo de la Administración Pública de Cuba. Revista Derecho y Cambio Social. Peru.2012.

AAVV. Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Félix Varela. Cuba. 2003.

ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. El proceso contencioso administrativo. Derecho Administrativo. La Habana. Cuba.1956.

ANTEPROYECTO CÓDIGO SANITARIO CUBANO. Consejo de Ministros. Cuba. 1976.

BERMEJO VERA, José. La Administración Inspectora. *Revista de Administración Pública*, Núm.147.Septiembre-diciembre1998, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1998.

BUSTAMANTE DEL CASTILLO, Wilber. La potestad sancionadora de la administración pública. Editora Lex. España. 2008.

DE FREITAS DRUMOND, José Geraldo, El Derecho Médico en Iberoamérica: Evolución y Perspectivas, Revista Sideme. No 5. España. 2010.

CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María. Los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su incidencia en el ámbito de la disciplina urbanística. Revista Fundación Democrática y Gobierno Local. No. 5. España. 2010.

ENFERMEDADES EMERGENTES Y REMERGENTES. Editora MINSAP. 1999.

FARIÑAS ACOSTA, Lisandra. *Pequeñas picaduras, grandes amenazas, en Periódico Granma.* Edición de fecha 21 de marzo de 2014,

disponible en hptt//www.granma.cu; consultado en fecha 9 de mayo de 2014.

FERNÁNDEZ PAZ, Juan. Revista Jurídica no. 26. Artículo: Las contravenciones. 1990. Cuba.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo,* traducción de Legaz Lecambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junje, Instituto de Estudios Políticos, España. 1958.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo sancionador*. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo. Editora Aranzadi/Thomson Reuters, 2da edición, España. 2010

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 10ma edición, Editorial Thompson- Cívitas. España. 2006.

GARCINI GUERRA, Héctor. *Derecho Administrativo*. Editorial Pueblo y Educación, 2da *Ed.* Cuba. 1986.

GONZÁLEZ ISLA, Fernando, *Perfeccionamiento del Programa de Control Sanitario Internacional en la provincia Holguín,* en Rev Cubana Salud Pública vol.37 no.3 Ciudad de La Habana jul.-set. Cuba. 2011.

GOMEZ TRETO, Raúl. La nueva legislación cubana de infracciones administrativas. Editora Félix Varela. Cuba. 2005.

GOMEZ PEREZ, Ángela. Las contravenciones en Cuba en la etapa actual. Universidad de La Habana. Cuba. 1997.

GOMEZ PEREZ, Ángela. Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en la legislación penal cubana. Cuba. 2001.

LEMUS LAGO, Elia Rosa y Corratgé Delgado, Héctor, "Cambio climático y dengue en Cuba" en Revista Cubana Medicina General Integral v.25 n.4 Cuba. 2009

MARTÍN MATEO, Ramón, Ordenación Publica Del Sector Salud, en Revista de Administración Pública, Nº 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. España. 1971.

MORELL OCAÑA, Luis, La Evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria en Revista de Administración Pública, Nº 63, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre diciembre 1970. España. 1970.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, ¿Qué es el Dengue?, Preguntas y Respuestas, disponible en http://www.who.int/entity/mediacentre/factsheets/fs117/es/index.html, consultado en fecha 8 de mayo de 2014, 3 pm.

PEMÁN GAVÍN, Juan "Las prestaciones sanitarias públicas: Configuración actual y Perspectivas de Futuro", en *Revista de Administración Pública Nº* 101. Núm. 156. Septiembre-diciembre 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

_____, "Las prestaciones sanitarias públicas: Configuración actual y Perspectivas de Futuro", en *Revista de Administración Pública,* Nº 156. Septiembre-diciembre 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. España.

RAMOS BORREGO, Claudio. La vía de apremio en el contexto cubano actual. Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas. MINJUS. Cuba. 2008.

RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, Principios de Derecho Administrativo (segundo semestre), Materiales de Clase, Escuela de Ciencias Comerciales, 1era edición, Universidad de La Habana, Cuba. 1947.

REBOLLO PUIG, Manuel. Policía administrativa y sanciones administrativas. Revista IUS Publicium. España. 2010.

REBOLLO PUIG, Manuel .Derecho Administrativo sancionador, Editora Lex Nova, España. 2010.

ROMÁNCORDERO, Cristian. El castigo en el derecho administrativo. Revista Derecho y Humanidades. No.16. Chile. 2010.

TOLEDO ROMANI, Maria E, *"Ensayos Comunitarios para la prevención del Dengue: de la investigación formativa la práctica"*. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias de la salud, Instituto de Medicina tropical Pedro Kourí, Ciudad de La Habana, Cuba. 2009.

VILLADA, J. L. Manual de Derecho Contravencional. Argentina. 1997.

VEGA VEGA, Juan. Las contravenciones y la disciplina social. Revista Derecho. UNJC. Cuba. 1990.

# EL SERVICIO PÚBLICO EN CUBA. UNA VISIÓN HACIA LA ACTIVIDAD DEL EMPRESARIO MERCANTIL EN LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO ECONÓMICO

Yomisel Galindo Rodríguez
Especialista en Asesoría Jurídica
Profesor de Derecho Ambiental y Derecho Mercantil
Universidad de Granma, Cuba
Email: aantunez@udg.co.cu

Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Máster en Derecho Constitucional y Administrativo
Universidad de Oriente, Cuba
Profesor de Derecho de Propiedad Industrial y Derecho Internacional Privado
Vicepresidente del Capítulo Provincial de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión de Juristas de Cuba en Granma
Email: ygalindor@udg.co.cu

**Sumario:**

Introducción.
1. El servicio público como forma de actividad administrativa.
2.La gestión del servicio público como forma de la actividad administrativa.
3. El régimen jurídico de los servicios públicos en Cuba. Una visión desde la actividad del empresario mercantil en las formas de gestión no estatal.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía.

**Resumen**

El presente trabajo forma parte de una línea investigativa que pretende a partir de un análisis de las formas de actividad administrativas reconocidas en la doctrina, establecer una relación con el derecho mercantil. En tal sentido en un primer momento se establece una correspondencia entre los servicios públicos, sus formas de gestión y control. En un segundo momento se entrelazan esta institución jurídica administrativa específicamente su forma de gestión mixta con la realidad mercantil cubana actual, sobre la base del nuevo modelo económico, político y social imperante en Cuba. De ahí se analicen un grupo de normas que posibilitan entre otras cuestiones dicha relación y que muestran un futuro en la prestación de los servicios públicos en Cuba por parte de una sociedad o empresario mercantil; independientemente de las dificultades que también se avizoran.

**Palabras claves:** Administración Pública, Servicios Públicos, Empresario Mercantil

**Introducción**.

Desde el surgimiento de las relaciones entre los hombres -cuestión tan antigua como su propia existencia- de una u otra forma pudiera decirse que se realizan en mayor o menor medida determinadas actividades -cambios de unas mercancías por otras- de características económicas que pudiesen ser consideradas como mercantiles. Desafortunadamente las propias condiciones imperantes no permitieron a las primeras y fuertes civilizaciones ordenar jurídicamente estas relaciones que se establecía en el entonces. Es por ello que estas actividades reconocidas como mercantiles y según concuerda la doctrina, no tendría un asentamiento sino hasta los siglos X y XI en Roma, tomando fuerza en la actualidad en el desarrollo económico y social de los Estados.
Con la evolución del Estado y las sociedades aparece la Administración Pública y con ella su especial finalidad y las formas en con la que puede hacerla efectiva. Lo interesante de las actividades que serán

realizadas por ésta, o en su defecto por determinados sujetos en su representación marca su finalidad. La utilidad pública constituye su objetivo manifiesto y la solución a determinadas situaciones que atañan a la colectividad o generalidad, la meta a alcanzar.

El servicio público por una parte constituye una de las formas de la actividad administrativa más discutidas y empleadas históricamente para solventar necesidades de la generalidad. A pesar de mostrarse diferente, este tipo de actividad a lo largo de la historia ha permitido dar solución a determinados problemas y necesidades sociales que de otra forma no pudieran ser resueltos. Mientras que por la otra ha permitido a la Administración Pública realizar una serie de prestaciones que pueden garantizar al menos un mínimo vital a los individuos, independientemente de quien sea el sujeto prestador de la actividad -gestión directa o indirecta-, llegando a trascender según criterios de autores entendidos en la materia, como el eje central del derecho público.[1]

Cuba no escapa a estas transformaciones sociales con repercusión jurídica, tampoco lo hace ante los necesarios cambios de estas instituciones que aseguran la organización y control de una sociedad determinada. Independientemente de como se muestra en otros contextos, el caso cubano específicamente se presenta con un atractivo y asombroso escenario por diversos motivos.

En tal sentido el presenta trabajo lleva como objetivo realizar un breve análisis del servicio público como forma de la actividad administrativa a la luz de lo que se avizora en las nuevas tendencias económicas desde las posibles implicaciones que tendrán las sociedades en Cuba a partir del nuevo modelo económico, político y social existente. Lo cierto es que se han dado una serie de elementos importantes que pueden traer consigo todo un desarrollo sustancial para los servicios públicos en Cuba a partir de la utilización de una de las conocidas como gestión indirecta, en este caso las formas de economía mixta.

[1] En la doctrina clásica quedaba claro la intención de delimitar el marco del servicio público. En este sentido y a medida que fue evolucionando se entendió como la piedra angular del Derecho Administrativo francés. Esta corriente de pensamientos fue encabezada por el profesor y fundador de la escuela de Burdeos Duguit, estableciendo y enmarcando al servicio público incluso por encima de la institución de soberanía. Otros autores como Gastón Jèze, Maurice Hauriou, cuyas obras serán analizadas y argumentadas durante la investigación, también jugaron un papel muy importante en la definición de esta institución jurídica en la época.

## 1. El servicio público como forma de actividad administrativa.

El tema sobre los servicios públicos no resulta nuevo, sino todo lo contrario ha sido discutido desde variados puntos de las diferentes doctrinas, teniendo su génesis en Francia a partir de una serie de hechos trascendentales[2] que marcaron un hito en la historia de esta institución jurídica administrativa.

### 1.1.1 Breve reseña sobre la génesis del servicio público

Los servicios públicos tienen su base en la Francia del siglo XIX. Esta concepción tuvo entre sus principales exponentes a Duguit quien basa su pensamiento en la clara igualdad de los hombres en la sociedad, realizando una clara distinción entre gobernantes, gobernados y los deberes a cumplir por unos y otros, según los intereses de la generalidad. En esta corriente no se considera al Estado como un poder soberano, sino como una agrupación de individuo que prestan, crean y gestionan servicios públicos. En esta concepción el Estado es *'coopération de services publics'*, así dejaba claro que…la noción de servicio público es *«toute activité dont l'accomplissement doit étre assuré, reglée, et contrólée par les gouvernants parce que (...) indispensable a la réalisation et au développement de l'intérdepandance sacíale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut étre réalisée complétement que par l'intervention de la forcé gouvernante».*[3] Por su parte Gaston Jèze seguidor de la doctrina de

[2] El hecho más trascendental de la época es el hoy reconocido como el *arrêt* Blanco de 8 de febrero de 1873. Con este suceso aparecen fijados los términos de servicio público. El fallo emitido por el Consejo de Estado francés (6 de febrero de 1903), relacionado al litigio entablado entre el Sr. Terrier y el departamento de Saône-et-Loire. Uno de los hechos que marcara además de los anteriores la jurisprudencia administrativa francesa conocido como el *arrêt Feutry*. Con este *arrêt* se produce una ampliación en el marco de las competencias de los tribunales administrativos en materia de responsabilidad de las entidades públicas. La celebridad de este fallo se atribuye por haber unificado el contencioso cuasi- delictual del Estado y el de entidades territoriales. Por su parte el *arrêt* Thérond, este fallo va a convertirse en un elemento importante en la unificación del contencioso –administrativo francés al lograr ampliar la competencia de la jurisdicción administrativa en los casos de controversia como consecuencia de un contrato administrativo (responsabilidad contractual) sobre la base de la idea de un servicio público, donde la entidad contratante fuera una corporación pública territorial

[3] … es toda actividad cuyo cumplimiento debe de ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por se indispensable a la realización y al desenvolvimiento

Duguit y calificado por Hauriou como el *enjant terrible* de la Escuela del Servicio Público,[4] encamina otra importante corriente doctrinaria sobre el servicio público donde considera que el derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos…"[5] *"Le service public est aujourd'hui la piedre angulaire du droit administratif français".*[6]

Esta noción clásica del servicio público como bien destaca Silva Cencio presentaba ciertos caracteres que pueden destacarse: a) Un elemento finalista o teleológico: que se tratara de una actividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general; b) Un segundo elemento subjetivo u orgánico: que la actividad estuviere a cargo de una entidad estatal; c) Un tercer elemento formal, que la actividad se encuentre regulada por el derecho público.[7]

Como puede apreciarse la doctrina francesa resultó ser el movimiento que en el entonces elevó la institución del servicio público a su máxima expresión. Sin embargo también le correspondió asumir las consecuencias de la amplitud brindada en su definición y las implicaciones que la misma traía consigo.

---

de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante. León Duguit. "*Las transformaciones del derecho público*", traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1915. p. 121 y 122. *Véase* además su *Traité de droit constitutionnel,* tome deuxième, *La théorie général del I´Ètat,* Deuxième éditions, París, Ancienne Librairie Fontemoing & C, Éditeurs, 1923, nota 53, p. 57. *Véase* además Luciano Parejo Alfonso. "*El concepto del Derecho Administrativo".* Universidad Externado de Colombia. Editorial Jurídica Venezolana. Segunda edición. 2009, p. 203.

[4] Maurice Hauriou, en el "Prefacio de la 11. ª edición", bajo el título de "*El poder público y el servicio público",* de su "*Précis de droit administratif et de droit public géréral,*" de 1927, consultado en Maurice Hauriou, "*Obras escogidas"*, trad. de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, nota 66, p. 117 y ss.

[5] Gastón Jèze. "*Principios generales del Derecho Administrativo. La técnica jurídica del derecho público francés"*, trad. de la 3ª. edición francesa de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. I, p. 1.

[6] Gastón Jèze. "*Les principes géneraux du Droit administratif,*" traducción española, bajo el título de *"Los principios generales del Derecho Administrativo"*, de Carlos García Oviedo, Ed. Reus, Madrid, 1958. Las citas están tomadas básicamente del prólogo de la 2ª ed. del propio Jèze y de la introducción a la obra.

[7] Jorge Silva Cencio. *"La concesión del servicio público",* pub. en obra colectiva *"Contratos Administrativos"*, T. II, p. 112 y ss.

### 1.1.2 El franco declive del servicio público ¿Crisis o renovación de la actividad?

Entre críticas, concepciones y manifestaciones estatales, en esta misma etapa la noción del servicio público francés comenzó a perder fuerzas. A partir de la década del 1940 la denominada concepción "tradicional o clásica" del servicio público sufrió fuertes embates teóricos en la cual la jurisprudencia jugó un papel fundamental. En el fondo del asunto estas sátiras no serían lo suficientemente abrumadoras como para hacer caer tan importante definición. Ya en la primera mitad del siglo XX se evidencia por primera vez la llamada por la doctrina "crisis de la noción de servicio público". En este sentido cabe destacar que en ese entonces la Administración Pública no se limitaba solamente a dirigir servicios públicos, pues la prestación de este no siempre era llevada a cabo por medio de procedimientos de derecho público, pues en ocasiones se acudía a procedimientos de derecho privado.

La primera consideración sobre la crisis de la noción del servicio público se produce tras concluir la Primera Guerra Mundial, pues, tanto el Tribunal de Conflictos como el Consejo de Estado reconocieron en Francia los servicios públicos de carácter industrial y comercial, considerándolos como servicios públicos de un nuevo tipo, operantes en condiciones similares a las previstas por el derecho privado, a partir de lo que se establece en el *arrêt* del Tribunal de Conflictos del 22 de enero de 1921, relativo a la *Société Commerciale de I' Ouest Africain.*[8]

[8] El interrogante se ha planteado de nuevo acerca de la creación de establecimientos públicos industriales y comerciales, cuya actividad y cuyo status está influido profundamente por el derecho común (v. nuestras observaciones en TC 22 de enero de 1921, Sociedad comercial del Oeste Africano *). Leonardo Torres y Humberto Mora Osejo. *"Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa".* Ed. ABC. 2ª ed. en español. 2009. Librería ediciones del profesional lTDA, p. 543. Al respecto, el Tribunal de Conflictos resolvió que se trataba de un servicio público industrial y comercial que, en consecuencia, operaba en condiciones similares a las de las empresas particulares semejantes y, por tanto, la competencia correspondía a los tribunales judiciales y no a los administrativos. *Véase* además Georges Vedel *"Derecho Administrativo"*, trad. de la 6ª. ed. francesa por Juan Rincón Jurado, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, y 696, Jean-Louis de Corail," ***La crise de la notion juridique de service public en droit administratif framçais,***" 1954. A criterio del citado autor en Francia se han registrado tres grandes crisis en torno a la noción del servicio público; la primera de ellas, afirma, debió su origen a la aparición de empresas encargadas de los llamados servicios públicos

Desde ese punto de vista la crisis de la noción del servicio público se deriva de un fenómeno que posee dos aristas. Por un lado la aparición de actividades empresariales públicas con un carácter industrial, mientras que por el otro se presenta la prestación de determinadas actividades públicas que en un principio debían ser prestadas por el Estado y estaban siendo realizadas por sujetos particulares.[9]

María Diez explica la crisis del servicio público basando sus criterios en dos de los tres elementos que a decir de la doctrina lo componen.[10] En primer lugar ataca a la persona que lo atiende. Siguiendo esta línea la llamada crisis aparece toda vez que el prestador del servicio sea un particular, pues a decir de la escuela francesa solo lo haría la Administración. Claro esto es solucionable si se admite dentro de la noción del servicio público la posibilidad de ser gestionados de forma directa por la Administración o indirecta por determinados sujetos que no responden, al menos, no subordinadamente a ella. En segundo lugar y más complejo es lo referido al régimen jurídico. Esta cuestión se afecta a partir de la aparición de servicios catalogados como públicos que podían ser sometidos a regímenes

---

de carácter industrial y comercial, la segunda aparece con motivo de la creación de cierto tipo de organismos de orden corporativo conocidos como establecimientos de utilidad pública, la tercera crisis se originó como consecuencia de la realización su gestión conforme a la regulación comercial e industrial por las empresas nacionalizadas a pesar de su carácter público y, por consiguiente, continuaron ubicadas dentro de la competencia de los tribunales judiciales.

[9] Luís Martín Rebollo. en Colectivo de autores. "*Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica". (Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras)*. p.360. *Véase* además el criterio de Antonio Troncoso Reigada. al respecto… Realmente, la crisis del servicio público no proviene tanto de un compromiso con ideologías liberales o de una reconsideración al alza de las libertades económicas individuales, sino más bien de la aceptación fáctica de que los servicios y empresas públicas no funcionan adecuadamente. en *"Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público"* Revista Española de Derecho Constitucional. Año19. Núm. 57. Septiembre-Diciembre 1999, Luciano Parejo Alfonso. "*El concepto del Derecho Administrativo"*. Universidad Externado de Colombia. Editorial Jurídica Venezolana. Segunda edición. 2009, p. 210.

[10] Manuel María Diez, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, Plus Ultra, t. III, 1979, p. 334. Este autor argumenta que la noción del servicio público se basa en tres elementos: la persona que lo atiende, el régimen que lo regula y el fin que el servicio público cumple. *Véase* además Conf. Jorge A. Silva Cencío, "*La concesión del servicio público*", pub. en obra colectiva "Contratos Administrativos", T. II, pág. 115.

tanto de derecho público como de derecho privado. Aquí se hace clara alusión a los servicios industriales y comerciales.

Las nuevas condiciones sociopolíticas y económicas, sumado al desarrollo industrial y el comercio; imponían nuevas fórmulas y desafíos para la existencia de la noción del servicio público francés. Por si no fuera poco muchos tratadistas ya veían al final del túnel la desaparición de la terminología y con ello su funcionalidad, basados en que las finalidades por las que había sido creado habían desaparecido. Tal es el caso de autor Ariño quien afirma en 1992… es mi firme convicción que la doctrina del servicio (público), tanto en este supuesto (se refiere al radio y la televisión) como en el de la libertad de enseñanza, está condenada a desaparecer en los próximos años. Lo que en verdad resulta difícil de entender es que países -y personas-amantes de la libertad hayan soportado durante tantos años este mito del servicio público y la fe hegeliana en el Estado. Pero esto ha terminado afortunadamente, aunque, como los elefantes, se mantenga en pie después de muerto[11].

El asunto no terminaba ahí, cinco años más tarde el propio profesor Ariño vendría a completar la frase sobre el servicio público al expresar: "el servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los países pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy como dice José Luis Villar hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la ideología o la política, y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales -también los políticos y culturales- sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló"[12].

No obstante a lo anteriormente expuesto algunos autores defendieron a ultranza al servicio público como categoría jurídica.

---

[11] "*Servicio público y libertades públicas*", en AA. W., Actualidad y perspectivas del Derecho público afines del siglo XX, en Libro homenaje al profesor Fernando Garrido Falla, UCM, Madrid, 1992, p. 1315 ss.

[12] Gaspar Ariño Ortiz /J. M. de la Cuétara Martínez/J.L. Martínez López-Muñiz, "*Significado actual de la noción de servicio público*". en la obra "*El nuevo servicio público*", M. Pons, Madrid, 1997. p. 25 y ss.

Entre los más connotados se encuentran los profesores Chevallier y Chinchilla, quienes comparten la idea que el servicio público lejos de ser una restricción a las libertades de los particulares, constituye una satisfacción de otros derechos y libertades de igual o superior valor, por lo que lejos de ser una amenaza a los derechos fundamentales, constituye una garantía de los mismos[13].
Otros siquiera consideran la existencia de una crisis a partir de la inexistencia prácticamente de una conceptualización del servicio público en ese momento y por tanto resulta imposible de dialogar de una crisis de algo que no existe como concepto.
En tal sentido Sánchez Estrada argumenta que…es difícil hablar de crisis del servicio público, cuando ni siquiera se ha podido poner de acuerdo la doctrina en su concepto. En tal caso, lo que vislumbra es la maleabilidad con que ha sido tratada la figura referida por la doctrina, derivado de la importancia creciente o decreciente que adopta esta figura en el devenir del Estado[14].
Ciertamente la noción del servicio público enarbolado por los maestros de la Escuela de Burdeos perdió fuerza ante las nuevas actividades del Estado, sin embargo como institución ha tolerado disímiles críticas y posturas contrapuestas. Es de considerar que no puede entenderse una crisis, configurarse o manifestarse de una forma u otra en una sociedad, sobre todo si se observa desde una óptica cronológica.
Existen por ejemplo: principios dialécticos -histórico concreto- que no pueden obviarse a la hora de analizar un fenómeno tan cambiante como el que se analiza, pues, conllevaría al error. El hecho de existir diversidad de criterios tanto en la doctrina como

[13] Jacques Chevallier. *"Le service public*", PUF, París, 1978. Carmen Chinchilla Marín. "*El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión"*, en Estudios sobre la Constitución Española, Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, TomoII, Civitas, Madrid, 1991. asimismo "*Servicio público: ¿crisis o renovación?"*, en E.MALARET (Dir.). Régimen jurídico de los servicios públicos, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs.61ss. (en particular, 84ss.). La autora concluye diciendo Cuando esto ocurre el servicio público opera como una técnica de realización o satisfacción de los derechos fundamentales, y no como un instrumento de aniquilación de los mismos…

[14] Eduardo Sánchez Estrada. Colectivo de autores. *"Actualidad de los…Ob. cit., ("Percepción actual del servicio público")*. p. 635.

en la jurisprudencia sobre la noción del servicio público, no quiere decir que sufrió una crisis; sino todo lo contrario, esta institución ha ido evolucionando, mutando conjuntamente con la sociedad, los sistemas políticos y los ordenamientos jurídicos indistintamente. De ahí que Silva Cimma considere que el servicio público solo ha experimentado la evolución natural del concepto. Este autor sostiene que la noción orgánica del servicio publico solo perdió fuerza ante el criterio funcional al no ser indispensable acudir siempre al derecho público como su régimen especial y único. (…) porque la interdependencia y aplicación armónica de esta disciplina jurídica, en relación con el derecho privado, hará que el servicio público escoja aquel procedimiento normativo que más convenga a la correcta y expedita satisfacción de las necesidades para que fue creado[15].

### 1.1.3 Criterios para la determinación de la actividad como servicio público.

Como ha podido apreciarse el servicio público ha resultado ser desde su nacimiento una institución polémica sobre la cual han versado disímiles criterios y observaciones, dependiendo del momento histórico-concreto en que se encuentre. No obstante, se han sido identificados una serie de criterios que de alguna forma resultara un medidor en la difícil tarea de configurar esta la institución jurídica.

***I. El criterio formal o subjetivo del servicio público.***

Este criterio utilizado y conocido también como criterio orgánico, es el resultado del pensamiento estricto sobre el servicio público de la primera mitad del siglo XX,[16] donde se reservaba único y exclusivamente al Estado la actividad en pos de la satisfacción del interés general. Aquí el elemento orgánico o subjetivo juega un papel fundamental. El asunto viene dado por la persona, institución

[15] Enrique Silva Cimma. "*Derecho administrativo chileno y comparado*", t. II. (*Teoría general de los Servicios Públicos*). Editorial Jurídica de Chile, 1961. p. 73.

[16] Jose Luis Villar Palasí, *"La actividad... Ob. cit.,* 1950; también Ernesto García de Enterria, "*La actividad industrial y mercantil de los municipios*", Revista de Administración Pública, núm. 17, 1955.; y, más recientemente, MEILAN GIL, "*El servicio público como categoría"*, Cuadernos de Derecho Público, núm. 2, año 1997.

u órgano a quien se le encarga la gestión a realizar. Como bien señala Marienhoff el servicio público se define o caracteriza en dependencia del ente o persona que lo realiza.[17]

Por su parte señala Vedel…que el servicio público se puede definir de dos formas: de una manera orgánica o formal o de una manera material. En su sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por una cierta organización, se trata de una empresa regida por la Administración. La definición material se refiere ala naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización mediante la cual se ejerce la misma. Se de finirá el servicio público como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general[18].

En esencia para entender una actividad como servicio público vasta con que sea realizada por un órgano o entidad pública, pues, solo ellos podrían ejecutarla. Si bien el sujeto prestador de la actividad resulta un elemento importante en la definición del servicio, no resulta suficiente, pues en ocasiones los órganos públicos realizan actividades de prestación que no tienen por que considerase como servicios públicos. En consecuencia puede confundirse con la funcionalidad de los órganos estatales, perdiéndose precisión al excluir a los particulares de, sobre la base del interés público, realizar una posible actividad en función de la sociedad al declararla consecuentemente actividad privada.

---

[17] Miguel S. Marienhoff. "*Tratado de Derecho Administrativo",* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1970, t. II. p. 20. En este sentido agrega que… cuando en esta materia se habla de criterio "orgánico" se entiende a referir al que solo considera servicio público la actividad satisfecha por la Administración Pública, directamente por sí o indirectamente por concesionarios.

[18] Georges Vedel. *"Droit Administratif*", París, 1968, p. 683. No se advirtió, empero, que una cosa es la base objetiva de la institución—aun con las caracterizaciones inherentes a su régimen jurídico tanto de fondo como de forma—y otra muy distinta es la posibilidad de una aplicación extensiva de su régimen a ciertas actividades que no constituyen servicios públicos (v.gr. colegios profesionales) en el plano material, asignadas a personas jurídicas no estatales. Criterios muy parecidos posee el autor Jorge Fernández Ruiz quien a partir del análisis realizado del criterio sostiene que… para la interpretación de los servicio públicos el criterio orgánico se basa, pues, en el carácter de la institución o del órgano a cuyo cargo está la prestación del servicio. Si el órgano es público, el servicio prestado por éste será igualmente público. Si la institución o la persona que lo presta es de carácter privado, el servicio también serán privadas. Dicho de otra manera: solo los órganos públicos pueden gestionar los servicios públicos en "*Servicios públicos municipales*", México, INAP-UNAM, 2002, p. 100.

***II. El criterio jurídico.***

Otro de los criterios importantes tratados por la doctrina en pos de lograr el adecuado funcionamiento de las actividades prestadas con el fin de solventar necesidades públicas es el conocido como jurídico. Este criterio observa al servicio público a partir del régimen jurídico especial al cual se somete. En este sentido la Administración debe de asegurar que la actividad se realice de manera regular y continua. El basamento fundamental viene dado por la subordinación de los interese privados al interés público en pos de la satisfacción de las necesidades más generales de la sociedad.

García Oviedo basado argumenta este criterio…Para que la finalidad propia del servicio público -la satisfacción de una necesidad colectiva- se cumpla debidamente, menester será que acompañe a la empresa una serie de notas determinantes de un régimen jurídico especial, que discrepan como es lógico, del régimen jurídico general e los servicio públicos.[19]

No resulta extraño pensar que este criterio tendrá mucho respaldo sobre todo en aquellos países donde prima la satisfacción general por encima de la particular. Por tanto este criterio para los Estados marcados con un fuerte carácter democrático, cuya finalidad suele ser el bienestar de la sociedad será de suma utilidad en aras de mantener un alto nivel de satisfacción en el aseguramiento y continuidad de las actividades prestadas.

***III. El criterio legal***

Al parecer la concepción brindada por Jèze tuvo sus frutos. No resultan pocas las legislaciones que siguiendo uno de los elementos fundamentales por él expuesto se sumergen bajo este criterio en la configuración del servicio público. En este sentido lo resultante tiene que ver con la posibilidad de decisión del legislador en establecer

---

[19] Carlos García Oviedo y Erique Martínez Useros. "*Derecho administrativo".* 9º ed. EISA. Madrid, t, II, 1968., p. 203. Véase además Jorge Fernández Ruiz, *Derecho administrativo de Aguascalientes,* México, Porrúa, 2005, p. 170. Fernández Ruiz explica…el criterio que, en la configuración del concepto de servicios públicos, reclama un régimen jurídico especial para asegurar la adecuada protección de los intereses generales relativo al servicio público, gana adeptos, porque garantiza la prestación regular y continua del servicio público, mediante un régimen jurídico especial de derecho público, conformado mediante actos legislativos o reglamentarios que vienen a ser las normas del servicio, las cuales debe ser modificables o sustituibles en todo momento en "*Derecho Administrativo…Ob. cit.*, p. 170.

legalmente la actividad que será reconocida como servicio público. Este criterio es muy seguido por lo práctico e indiscutible que resulta, pues con solo delegar en el legislador la responsabilidad de fijar cuál o cuáles de las actividades a realizar serán consideradas como servicio público estará resuelto el problema.

Sin embargo el asunto se torna complicado, por variadas razones: en primer lugar porque las decisiones tomadas por el legislador u órgano legislativo deberán ser lo más efectivas y acertadas posibles. El hecho de decidir por ley qué actividades serán servicios públicos y cuales no, traerá como consecuencia que una vez realizado el correspondiente proceso legislativo lo que sea votado como servicio público lo será; sin importar que en realidad se encuentre asiendo alusión a una función pública, obras públicas, actividad económica privada, etc. En segundo lugar, cuando aparezcan actividades que aún sin ser reconocidas en ley, por la finalidad y sus propias características pueden constituirse como servicio público; o por el contrario actividades que, desarrolladas por disposición legal no tienen por que ser servicio público.

Por su parte Serra Roja explica que…desde el punto de vista legal, la creación de un servicio público es la obra del legislador, que en una ley general de servicios públicos, o en una ley que organiza un servicio público especializado, determina la posibilidad de atención de dicho servicio. La creación de un servicio público se verifica por ley…[20]

***IV. El criterio funcional, material u objetivo.***

Por último y no menos importante se encuentra el criterio funcional, conocido también como material u objetivo. Este criterio ha sido califica… como la piedra angular de los servicios públicos al hecho de que su objeto o finalidad sea la atención de necesidades de carácter general; es decir, su carácter público deviene de que sean actividades tendientes a proveer satisfactores que atiendan necesidades de la colectividad…[21]

---

[20] Andrés Serra Rojas. *"Derecho administrativo"*. Primer curso. 19ª. ed., México, Porrúa, 1998. p. 108.

[21] Federico Fabricio Santiago Sánchez. Colectivo de autores. "*Actualidad de los…Ob. cit.,"("Elementos para delimitar los servicios públicos en México*"). p. 649. *Véase* además Alfonso Nava Negrete quien analizando este criterio afirma al referirse al servicio público…su esencia misma, su razón de ser, es que el servicio público solo

Según este criterio, lo que define a un servicio como público viene dado por la prestación que realiza. Por tanto si la actividad realizada tiene como objetivo la solución de necesidades generales, entonces no importará el órgano o sujeto que lo realice, menos que la por ley sea dispuesto.[22] La actividad prestada basada en este criterio trae impregnada consigo solventar una necesidad de la sociedad. Por lo que la prestación realizada será pública. De ahí que Arnoldo de Valles estimara que "servicio público no es otro que servicio para el público".[23]

El criterio funcional goza de simpatía entre los seguidores de la doctrina del servicio público y, aunque muestra y comparte la finalidad de la Administración Pública también presenta algunas carencias que han sido objeto de críticas llegando a ser estimado que de ahí se desprende lo que ha sido conocido como "crisis" del servicio público.

Gordillo por su parte expresa…no hay servicio público que no tenga por fin la satisfacción de una necesidad colectiva; pero éste criterio, aislado, sería insuficiente, por cuanto "múltiples son, en cualquier sociedad bien constituida, las necesidades públicas que se satisfacen mediante el procedimiento del servicio privado": pueden citarse las panaderías y comercios de expendio de carne, leche, verduras, etc.…[24]

---

lo sea cuando satisfaga necesidades de la colectividad, de la sociedad en general. en "*Derecho administrativo mexicano*", 2ª. edición., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 422.

[22] En criterio de Juan Carlos Cassagne… que la noción de servicio público propio se limita a los que presta el Estado directa o indirectament e —ya sea por concesión o atribución legislativa (v.gr. las sociedades del Estado) — sin que influya la forma jurídica que posea la entidad prestataria. en "*Derecho Administrativo*". 7ª edición. Duenos Aires. Biblioteca Jurídica Argentina. 2002, p. 295.

[23] Arnaldo de Valles. "*Servizi Publici*", en Primo Tratado Completo di Diritto Administrativo Italiano, diriga por Orlando Vitorio Emmanuele Societa Editrice Libraria, Milán, 1912-1930, p. 387.

[24] Agustín Gordillo. "*Tratado de Derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*", 6ª. edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. II, p. VI-37. *Véase* además el criterio Federico Fabricio Santiago Sánchez...Es allí, en la insuficiencia del criterio funcional para delimitar a los servicios públicos, donde radica uno de los principales problemas…continua el autor…no obstante, este criterio funcional sí descubre uno de los elementos esenciales de los servicio públicos: su objeto, el cual invariablemente será el acercar satisfactores a las necesidades que tienen un

Atendiendo a todo lo anteriormente se a planteado puede concluirse que la utilización de solo criterio no sería elemento suficiente para definir claramente al servicio público como categoría jurídica, ya que todos y cada uno de estos criterios anteriormente expuestos por si solos han llevado de una forma u otra la concepción a una crisis. Es por ello, y en pos de una correcta definición para luego un adecuad reconocimiento constitucional de la institución, debe de tenerse en cuenta la utilización de una combinación de estos criterios.

### 1.1.4 Elementos y principios sustentadores del servicio público

Como es sabido, y por lo que representan para la sociedad, los servicios públicos deben estar sujetos a determinados principios capaces de sustentarlos. Visto de esta manera. Parés Salas deja claro la preferencia de denominarlos principios y no caracteres al establecer una distinción entre ellos argumentando que en materia de servicios públicos cuando se habla del primero -principios- se hace alusión a la adecuada o no prestación del servicio -control-, mientras que el segundo -caracteres- se refiere a la cuestión externa donde la idea iría más encaminada a determinar si la actividad que se presta resulta ser o no un servicio público[25].
Existen principios -o al menos así se ha manifestado- que coinciden con alguna de las características conformadoras del servicio público. Tal es el caso de la continuidad y la regularidad a la cual debe estar sometido el servicio público. Bajo estos principios la actividad realizada por la Administración o sujeto prestador no debe bajo ningún concepto interrumpir la actividad prestada, pues, no debe olvidarse lo que origina el servicio público –la necesidad general- y lo que trasciende para las necesidades colectivas que se satisfacen.[26]

---

arraigo en la mayoría de la población. en "*Elementos para delimitar…Ob. cit.,* p. 650.

[25] A decir de Alfredo Parés Salas, "*El Contencioso de los servicios públicos*". Revista de Derecho Administrativo. Nº12.

[26] …la continuidad es, así, un elemento conceptual y, a la vez, una consecuencia ineludible de la declaración de una actividad como servicio público, en tal modo que su ausencia hace quebrar la existencia misma de éste…en Gaspar Ariño Ortiz. "*Dictamen sobre la improcedencia…Ob. cit.,*" Madrid. 2004, p. 3. *Véase* "Á noçao de serviço público corresponde, na práctica, o serviço público, em concreto que, pela importancia de que se

En relación a ello Parés Salas advierte… que la previsibilidad de las condiciones de prestación del servicio es factor determinante a los fines de la observancia de este principio. Así modificaciones abruptas -y demás imprevisibles, o al menos escasamente previsible- en la forma en que es prestado el servicio (*exempli gratia:* modificación de horarios de servicio del transporte público), quiebran las legítimas expectativas del usuario, las cuales generalmente son el producto de la costumbre, por el uso constante o el transcurso del tiempo, a una determinada forma "regular" de prestación[27].

Cuando se tocaron algunos puntos planteados y argumentados por Jezé en la construcción del servicio público como institución jurídica, se dejó por sentado que corresponde al legislador determinar cual o cuales de los servicio será definido como público. A partir de aquí es de considerar la aparición de la obligatoriedad como uno de los principales sustentadores del servicio público. Toda vez instituida una actividad por el legislador como servicio público en la norma, corresponde a la Administración, regular, controlar y prestar de forma directa o indirectamente la actividad.

En este caso no hay opción de prestar o no el servicio, sino la obligación de hacerlo. Por tanto, una vez que esa actividad, por razones de interés social, se erige como un servicio público, ya que por su trascendencia para el colectivo, el Estado la asume para sí, no puede el sujeto encargado -bien sea la propia Administración o un particular mediante concesión- excusarse injustificadamente del cabal cumplimiento de la tarea asignada.[28]

---

reveste, jamais pode ser interrompido". José Cretella-Júnior. "*Principios informativos Do Direito Administrativo"* en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Universidad Central de Venezuela, Carcas, 1971, p.77, *Véase* además criterio de Alfredo Islas Colin…los servicio públicos no pueden satisfacer las necesidades públicas de manera intermitente, por lo que nada debe de impedir el funcionamiento continuo de la prestación de un servicio público, por lo que debe de garantizarse su funcionamiento permanente, sin fallas. en Colectivo de autores. "*Actualidad de los…Ob. cit.," (El servicio público en el Derecho francés*") . p. 289. Jorge Fernández Ruiz. "*Derecho Administrativo… Ob. cit.*, p. 151.

[27] Alfredo Parés Salas, "*El Contencioso…Ob. cit.* p. 7. *Véase* además Luis Horacio Coppari. "*Las transformaciones del derecho administrativo en el marco de la modernización del Estado: el caso argentino".* V Congreso del CLAD 67, p. 5.

[28] *Ibídem* p. 8., *Véase* además en criterio Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, en el derecho comunitario, todos los servicios que las autoridades nacionales consideren de interés general tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico.

Cuando se pretende establecer un marco conceptual para la delimitación del servicio público, es necesario partir de la posibilidad de variabilidad que poseen las reglas a las cuales se debe sujetar un servicio público. Mientras que por otra quedaba claro la variabilidad de la institución en dependencia del momento histórico que transitaba, el lugar y las condiciones imperantes. Por tales razones es de considerar a la mutabilidad como otro de los principios condicionantes del servicio público. Por su parte Parés Salas, expone que "siempre que las necesidades colectivas varíen, el servicio debe mutar sin que necesariamente se halle menoscabado el principio de regularidad"[29].

Otro de los principios interesantes a analizar tiene mucho que ver con el usuario del servicio y la forma en que será tratado. En dirección a lo expuesto la actividad que se realiza debe ajustarse al punto de poder mostrar un trato igualitario para todos aquello que se encuentren en situaciones de igualdad, pues…ante los servicios públicos todos los individuos son iguales.[30] En relación al principio de prestación en igualdad de condiciones, como bien se plantea, debe de tenerse en cuenta que esa igualdad será para los iguales. Por lo que puede darse que sobre un mismo servicio se manifiesten más de un régimen. Este principio parece ser un derivado del principio de igualdad ante la Ley que suele reconocerse en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Con este principio se evita la existencia de discriminación en todo su ámbito en la prestación del servicio público.

---

en Colectivo de autores. "*Actualidad de los…Ob. cit.,*" (*Sobre el servicio público universal en materia de telecomunicaciones*), p. 604; Alfredo Islas Colin…los servicios están implementados en beneficio del interés general…no obstante, se admite que los servicios públicos, los más esenciales, que tienen el carácter de obligatoros, y deben proporcionarse gratuitamente. en Colectivo de autores. "*Actualidad de los…Ob. cit.,*" (*El servicio público en el Derecho francés*), p. 289.

[29] Ibídem. *p*. 9., *Véase* además en criterio de Gastón Jèze… la organización del servicio es siempre modificable con arreglo a las del interés general y, en consecuencia, legal y reglamentaria "*Principios…Ob. cit.,* p. 18.

[30] Eloy Lares Martínez, "*Manual de Derecho Administrativo",* Universidad de Venezuela, Décima Edición, Caracas, 1996, p. 240. *Véase* Alfredo Islas Colin. Colectivo de autores. "*Actualidad de los…" Ob. cit.,* p. 289. El citado autor refiriéndose al principio de igualdad expresa…consiste en que los usuarios que se encentran en condiciones similares se la debe aplicar la prestación del servicio público en similares condiciones de tratamiento…

Entre las cuestiones que se han venido planteando, se ha dejado muy claro que los servicios públicos tienen como finalidad la solución de determinados problemas sociales, sobre la base del interés público. En este sentido una conclusión resulta evidente; si el fin último del servicio público es realmente servir a la sociedad, entonces no debe de faltar como principio la gratuidad, pues solo de esa manera podrán acceder a él todos aquellos individuos que lo necesiten. Si por el contrario resultara oneroso, entonces los sectores en desventajas económicas estarán imposibilitados para ello; perdiendo el servicio público la esencia para lo cual fue creado.[31]

Por último y no menos importante debe tenerse en cuenta la obligatoriedad de respeto a la Ley, es decir actuar conforme a las disposiciones establecidas. El principio de legalidad hace alusión al sometimiento que debe tener la Administración para seguir las leyes y mandatos constitucionales así como demás disposiciones jurídicas, especialmente en aquellos casos que se afecten libertades, derechos fundamentales que estén establecidos en los cuerpos normativos. Bajo este principio los poderes públicos se encuentran sujetos a la Ley, por lo que todos los actos por estos realizados deben ser conforme a las disposiciones vigentes; de lo contrario no serían válidos.

Se entiende que esta regla se refiere especialmente a los actos emanados del Estado que pueden incidir sobre los derechos subjetivos (libertad, de propiedad, etc.) de los ciudadanos, limitándolos o extinguiéndolos. En cuanto tal, el principio de legalidad tiene una evidente función garantista.[32]

---

[31] En este sentido la doctrina resulta un tanto uniforme. Aquí existe una concordancia en la intención de la Administración del beneficio social. *Véase* el criterio de Alfredo Islas Colin. …los servicios están implementados en beneficio del interés general, pero no existe un principio de gratuidad…no obstante, se admite que los servicios públicos, los más esenciales, que tienen el carácter obligatorio, y deben proporcionarse gratuitamente…en Colectivo de autores. "*Actualidad de los…"Ob. cit.* p. 290.

[32] Giannini, *"Dritto amministrativo"*, Milán, 1970, I, p. 82, *Véase* además Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Roma Bari, 1989 (trad. al castellano, Madrid, Trotta, 1995), *Véase además* Joaquín Tornos y Más. "*El principio de legalidad en la doctrina jurídica española"*, «Diritto Pubblico», 1995, núm. 1, págs. 88-89. *Véase* además Eduardo García De Enterría. "*Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución".* Revista española de Derecho Constitucional Año 4.Núm.10.

Por otra parte los considerados elementos establecen un marco a la actividad en su determinación o no como servicio público. En primer elemento a tener en cuenta es la necesidad de carácter general; lógicamente si el fin del servicio público viene dado por solventar necesidades públicas, debe de partirse en primer lugar de la existencia de tal necesidad individual que se generaliza, de lo contrario no tendría caso. En tal sentido Fernández Ruiz argumenta…el servicio público es generado por una necesidad humana…que adquiere carácter legal a fuerza de ser la misma de muchas personas, lo que la convierte en una necesidad común, en la que cada quien puede identifica su necesidad individual y, así, su satisfacción puede darse de la misma manera para todas ellas mediante la prestación de un servicio público.[33]

Por otra parte se encuentra el sujeto prestador de la actividad, en este caso es evidente que se hace referencia a los órganos de la Administración Pública o el sujeto particular encargado de llevar a cabo la prestación.[34] Otro de los elementos importantes del servicio público viene dado por la necesidad de una prestación regular, continua y uniforme, para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan. Este elemento posee además la capacidad de medida del servicio público como principio del mismo. Para

Enero-abril 1984, p. 11 y ss. Juan Igartua Salaverría. "*Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa*". Revista de Administración Pública Núm 92 de 1996, p. 536 y ss.

[33] Jorge Fernández Ruiz. "*Panorama…" Ob. cit.,* p. 115. *Véase* además en criterio de Luis Miguel Reyna Alfaro y Karen Ventura Saavedra….los servicios públicos provienen del interés público por sus actividades, y se traduce principalmente en control de tarifas y servicios… en Colectivo de autores. "*Actualidad de los…Ob. cit.," ("Los servicios públicos en el Perú: Una visión preliminar*"), p. 595. *Véase* además José María Boquera Oliver, "*Derecho Administrativo",* 10 edición, civitas, Madrid, 1996, pag 71.

[34] Luis Miguel Reyna Alfaro y Karen Ventura Saavedra… su prestación puede ser hecha tanto por un organismo público como por particulares, pero bajo la autorización, control, vigilancia y fiscalización del Estado con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente. *Véase* el criterio de Alfredo Islas Colin….el citado autor define este elemento bajo la calificación de orgánico, argumentando…En los servicios públicos los elementos orgánicos consisten en el aseguramiento de dicha actividad por un órgano de la Administración Pública, pero el Derecho Administrativo clásico permite, por una parte, que una persona privada pueda prestar el servicio público. en Colectivo de autores. "*Actualidad de los…Ob. cit.,"(los servicios públicos en el Perú: una visión preliminar),* p. 589.

Gaspar Ariño esta doble característica constituye una nota especial en el concepto, determinantes en mucha de sus peculiaridades de régimen jurídico.[35]Por tanto todo aquel que tenga a su cargo la gestión de un servicio público, bajo ningún concepto podrá suspender, reducir o perturbar la prestación sin el consentimiento de la autoridad administrativa facultada para ello.

Entre otros elementos de servicio público, no debe de olvidarse el importante elemento de la titularidad, es decir ¿Quién goza de ser el titular de la actividad que se realiza? En dirección a ello la doctrina responde prácticamente unánime al Estado. Desde su posición Gaspar Ariño argumenta…toda declaración de servicio público significa, como quedó claramente expuesto con anterioridad, que tal actividad queda incorporada al que hacer del Estado y excluida de la esfera de acción libre de los particulares. Es lo que se ha llamado *exclusividad regalística o titularidad pública sobre la actividad* en que consiste el servicio.[36]

Por último y no menos importante es lo referido al régimen jurídico, según Jèze…la expresión servicios públicos, conviene reservarla a los casos de satisfacción de necesidades de interés general en que "los agentes públicos puedan recurrir, por los procedimientos del derecho público, a reglas que están fuera de órbita del derecho privado."[37] El servicio público caracterizado por un régimen jurídico especial implica el gozar de reconocimiento legal, de lo contrario no existirá.

Como puede apreciarse resultan variados e indispensables los elementos y criterios a tener en cuenta para la consideración o

---

[35] Gaspar Ariño Ortiz. "*Principios de Derecho Público Económico. (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*". Universidad Autónoma de Madrid, Granada, 2001, p 522.

[36] Gaspar Ariño Ortiz. "*Principios de…Ob.cit.*, p 531.

[37] *Véase* Gastón Jèze. *"Principios generales… Ob.cit.*, p. 9. *Véase* además lo señalado por José María Boquera Oliver, cuando destaca la condición *sine qua non* para que pueda crearse un servicio público, es decir que el legislador debe haber calificado de público el fin que será atendido, de esta manera el legislador y la Administración Pública decidirán cuales serán esos servicios sin contar aquellos en los que la Ley impone su creación a la Administración Pública por ser considerado necesario para satisfacer necesidades de carácter colectivo; y en los que se le deja discrecionalmente su creación,(servicios voluntarios). en "*Derecho Administrativo*", volumen I, 3ra Edición, Editorial Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, p. 234 y 235.

no de una actividad como servicio público, a partir de ahí y sobre la base de las cuestiones descritas es que podrá entenderse esta institución administrativa.

## 2. La gestión del servicio público como forma de la actividad administrativa.

La gestión de los servicios públicos suele ser de diversas maneras. Las Administraciones Públicas pueden gestionar los servicios públicos que son de su competencia de forma, directa o indirecta; algunos autores reconocen la de tipo mixta.

En relación a la forma directa Parada, indica que la actividad de prestación o de servicios públicos puede ser cumplida por la Administración en el régimen de Derecho público,…[38] en este caso actúa a través de su propia estructura y organización, aportando el capital necesario para ello, corriendo además con el riesgo de la actividad de gestión.

Por su parte Boquera Oliver coincidentemente afirma que…"se considera que existe forma de gestión directa cuando el servicio lo presta la Administración por sí misma o mediante otra persona jurídica exclusivamente dependiente de ella, de tal manera que aquella asume toda la carga económica de la prestación del servicio (las pérdidas o ganancias del sujeto creado sólo en la Administración repercute). [39]

### 2.1 La gestión indirecta del servicio público

Como se refirió en algún momento los servicios públicos pueden ser llevados a cabo por sujetos particulares autorizados por la Administración Pública. De tal suerte que puede ser cedida la gestión a particulares o empresas privadas que puedan económicamente y legalmente prestar el servicio que a la Administración pública interesa, esto responde a que la empresa solo realiza la gestión, pues el titular del servicio realizado sigue siendo el Estado.

En criterio de Boquera Oliver…existe gestión indirecta de los

[38] Ramón Parada, *Derecho* …I, *Ob. cit*., p. 492

[39] Boquera Oliver, *Derecho* …I, *Ob. cit*., p. 241

servicios cuando la Administración competente contrata su prestación con los particulares y estos asumen en todo o en parte del riesgo económico de la prestación del servicio" [40].

En esencia las formas de gestión indirecta, suponen la intervención de un particular o tercero o de una empresa mixta quien de conjunto con la Administración Pública que ostenta la titularidad del servicio realiza la actividad a partir de la existencia en consecuencia de una relación contractual.

Por su parte Tornos Mas y Galán Galán exponen que… esta actividad reservada podía abrirse en su prestación al particular a través de las formas de gestión indirecta, dentro de las cuales la concesión era la técnica principal. Lo esencial era garantizar que la prestación se llevara a cabo en condiciones de continuidad y mutabilidad, siendo la Administración la responsable última de las condiciones en que se debía prestar el servicio. [41]

Resulta importante aclarar que en este caso solo se está haciendo referencia al problema económico que se desprende una vez que la Administración o los particulares de forma indirecta prestan el servicio, dejando claro que aun y cuando sean los particulares los que asumen los riesgos económicos, la Administración Pública es la titular del servicio.

En tal sentido puede destacarse que este tipo de gestión se basa en los siguientes patrones:

A) Se realiza con la intervención de particulares o empresas mixta.

B) El riesgo económico corre a cargo de los particulares o empresa mixta que realizan el servicio público.

C) La Administración solo sede la gestión administrativa, pues la titularidad del servicio público se mantiene en su poder.

D) Se basa en la utilización de instrumentos específicos como la Concesión, el Arrendamiento y el Concierto.

---

[40] Boquera Oliver, *Derecho* …I *Ob. cit*, p. 241

[41] Joaquín Tornos Mas y Alfredo Galán Galán. en "*La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho sujetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio",* Universidad de Barcelona. 2007 p. 19.

### 2.2 La gestión mixta del servicio público

Como se avizoró anteriormente, una parte la doctrina contempla la forma de gestión la mixta, y en ella agrupa a las empresas mixtas, la gestión se lleva a cabo a través de la creación de sociedades mercantiles Anónima o de Responsabilidad limitada, en la que la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, o en la participación de una sociedad mercantil ya creada. El carácter mixto de la sociedad resulta de la participación conjunta en el capital social y en la dirección y gestión de la empresa en la que ha de intervenir la Administración.

Este tipo de gestión cuenta fundamentalmente con dos modalidades: la gestión interesada y la sociedad de economía mixta. En la primera la Administración Pública y el empresario participan de los resultados de la explotación del servicio público, teniendo en cuenta lo proporcionado en el contrato establecido entre ambos, pudiéndose estipular incluso un beneficio mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas atendiendo al resultado de la explotación. El riesgo económico se asume en este caso de modo conjunto. En esta fórmula de gestión la colaboración Administración-particular no se instrumenta mediante la creación de una sociedad sino a través de un contrato. Es por ello que la mayoría de la doctrina reconoce que en puridad nos encontramos ante una concesión administrativa con cláusula de interesamiento, ya que esta gestión no resulta más que una modulación del riesgo y satisfacción implícito en toda concesión.

En el segundo de los casos permite que la Administración participe parcialmente por si o por medio de una entidad pública en el capital, aunque de manera minoritaria, pero con medios tecnológicos eficaces y otros recursos que le permitan cierto control sobre la sociedad. En estos casos se trata de sociedades mercantiles prestatarias de un servicio público en la cual el capital que se utiliza resulta perteneciente en parte a la Administración titular y en parte a sujetos privados; encargándose de la prestación de la actividad bajo su titularidad.

Hasta este momento se ha tenido en cuenta básicamente los elementos, principios, criterios y formas de gestión que definen a

una determinada actividad como un servicio público; cuestión que resultan muy importantes en los análisis posteriores en torno a la doctrina y la legislación cubana respecto a este tipo de actividad.

### 2.3 El régimen jurídico de los servicios públicos en Cuba. Una visión desde la actividad del empresario mercantil

La doctrina cubana se ha pronunciado por entender al servicio público de dos formas: en primer lugar como una forma de la actividad administrativa mediante la cual el Estado solventa necesidades de la colectividad, mientras que en un segundo momento como un contrato administrativo donde viene obligada a movilizarse inexorablemente ante la presencia de una necesidad social. Sin embargo uno de los principales exponentes de la doctrina administrativa cubana considera equivocado el nombrar servicio público a una actividad prestacional del Estado al desaparecer el capital en el modelo socialista y por ende la empresa privada.[42]
Estos pronunciamientos lógicamente tienen su basamento en el modelo económico y social imperante en Cuba a partir del triunfo revolucionario de 1959 y la extinción de la concepción de propiedad privada del ordenamiento jurídico; reconociendo en todo caso la propiedad personal tal y como ocurre en la actualidad a partir de los pronunciamientos de la Constitución de la República.[43]

#### 2.3.1 El régimen constitucional del servicio público en Cuba

La carta magna de la República de Cuba según criterio de Matilla Correa establece sus principales pronunciamientos respecto al servicio público… la concesión administrativa está constitucionalizada de manera indirecta, pues ella conlleva la transmisión a favor del concesionario de derechos sobre bienes bajo titularidad del

[42] Héctor Garcini Guerra. … en el Estado socialista, al desaparecer el capital, la empresa privada se extingue y la atención por ella a un interés social no es concebible. Por tanto, denominar público a la atención por la Administración de una necesidad colectiva, es un dislate jurídico y el clásico servicio público hay que sustituirlo por lo que se denomina servicio estatal. "*Derecho Administrativo*". Editorial pueblo y educación, segunda edición. La Habana 1986. p. 207.

[43] Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976. *Gaceta Oficial*, no. 2. Edición Especial de 24 de febrero de 1976. Articulo 21.

Estado…"Estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.
En cuanto a la transmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la Ley."[44]
Empero la Carta Magna de la República de Cuba, no ha dedicado un espacio para regular los servicios públicos, al menos con una delimitación lo suficientemente clara, pues si bien resulta muy interesante el análisis realizado por Matilla Correa, al considerar la existencia del fundamento constitucional de la concesión administrativa reflejada en los artículos que anteriormente han sido mencionados; no puede decirse que como consecuencia de ello se encuentre también el reconocimiento del servicio público en Cuba. Puede darse por sentado que la normativa constitucional cubana en materia de servicios públicos carece de claridad, de una regulación intencionada a la solvencia de las necesidades de la generalidad, aunque se encuentren algunos atisbos, por ejemplo: cuando faculta a las Administraciones locales del Poder Popular para dirigir las entidades económicas y de servicio de subordinación local, con el propósito de satisfacer las necesidades económicas, de salud y otras de carácter asistenciales como educación, cultura, deportivas y recreativas de la colectividad del territorio en el que se extiende la jurisdicción de cada una; y en lo referente a los Consejos Populares, donde se alude al desarrollo de las actividades de producción y de servicios y por la satisfacción de las necesidades asistenciales, económicas, educacionales, culturales y sociales de la población, promoviendo la mayor participación de ésta y las iniciativas locales para la solución de sus problemas.[45]

---

[44] Andry Matilla Correa. "*Introducción al régimen jurídico de las conseciones administrativas en Cuba*". editorial universitaria. La Habana, 2009, nota 28, p. 68. El autor agrega que esta aparición de la concesión administrativa es el resultado de la reforma constitucional de 1992.

[45] En la Constitución de la República de Cuba en su artículo 103 tercer párrafo se

## 2.4 El empresario mercantil y los servicios públicos en Cuba

El empresario mercantil resulta una figura que a lo largo de la historia -al menos en la etapa revolucionaria cubana- que en cierta forma perdió el interés del Estado, sobre todo por las características que presenta sobre la base de lo que la doctrina considera como tal.[46] Sin embargo si se analiza detenidamente el ordenamiento jurídico cubano pudiera pensarse que en este existe también un basamento jurídico. En tal sentido resulta interesante comenzar por las normas constitucionales que regulan las formas de propiedad.
En el año 1992 se realiza en Cuba la segunda reforma constitucional encaminada a cumplimentar las recomendaciones del IV Congreso del Partido Comunista de Cuba. Entre otras cuestiones solo es objeto de esta investigación la realizada en el régimen de propiedad, la cual trajo como consecuencia de estas modificaciones la aparición una nueva forma que es conocida como propiedad de las empresas mixtas al enunciar en su artículo 23… El Estado reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley. El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades anteriores se rigen por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan.
A partir de ahí es totalmente visible como la constitución cubana reconoce la posibilidad de existencia de una empresa realizando operaciones económicas en Cuba que no sea de capital totalmente

regula…Las Administraciones Locales que estas Asambleas constituyen, dirigen las entidades económicas, de producción y de servicios de subordinación local, con el propósito de satisfacer las necesidades económicas, de salud y otras de carácter asistencial, educacionales, culturales, deportivas y recreativas de la colectividad del territorio a que se extiende la jurisdicción de cada una. El artículo 104 segundo párrafo referido a los Consejos Populares agrega… Trabajan activamente por la eficiencia en el desarrollo de las actividades de producción y de servicios y por la satisfacción de las necesidades asistenciales, económicas, educacionales, culturales y sociales de la población, promoviendo la mayor participación de ésta y las iniciativas locales para la solución de sus problemas.

[46] Rayza Fraga Martínez y Natasha Mesa Tejeda. "*Los sujetos mercantiles en Cuba*" en Colectivo de Autores Nociones de Derecho Mercantil. Editorial Félix Varela. La Habana. 2005. p. 15.

nacional. Razón por la cual con la apertura de la nación al comercio no demoró el fomento a la inversión extranjera. No obstante la doctrina cubana -al menos en los criterios de determinados importantes- no realiza un reconocimiento de las actividades mercantiles; en primer lugar porque no existe un reconocimiento del empresario individual en materia mercantil, utilizando en su lugar el término de trabajo por cuenta propia;[47] bajo la justificación de ser el resultado de la necesidad del Estado de ampliar las posibilidades de empleo en condiciones especiales como la que vivió Cuba en la década de los 90. Sien embargo este término en nuestro criterio se encuentra mal empleado, pues al parecer se toma como uno de las principales justificaciones la capacidad jurídica. Como puede apreciarse la legislación cubana en materia civil autoriza a la realización de actos jurídicos a partir de los 18 años de edad; mientras que la mercantil lo reconoce como sujeto a partir de los 21 años de edad. Por tales motivos al permitirse dichas actividades contando a partir de los 17 años de edad se deja claro que al menos en este caso no cabe la denominación de empresario mercantil individual. [48]

A partir de esta abertura comercial en 1999 aparece una de las normas complementadotas de la actividad[49] la cual autorizaba la constitución de sociedades mercantiles cubana que realizaran -entre otras cuestiones- actividades productivas y/o de comercialización de mercancías y servicios. Toda vez que este tipo de sociedad que será presentada, se le ha añadido en la normativa el apellido cubana, lo que esta considerado exclusivamente la principal condición que debe de ostentar la misma; siendo además de carácter obligatorio que se presentará por la máxima autoridad del organismo o entidad solicitante, exceptuando aquellas que se constituyeron a partir de los pronunciamientos de la Ley 77 de 5 de septiembre de 1995 sobre la inversión extranjera.

---

[47] Rayza Fraga Martínez y Mesa y Natasha Mesa Tejeda. *Ob. Cit*…p. 16.

[48] Pueden ejercer el trabajo por cuenta propia en las actividades aprobadas, los ciudadanos cubanos y los extranjeros residentes permanentes, mayores de 17 años que cumplan los requisitos establecidos en este Reglamento y procedan de las fuentes siguientes: jubilados por cualquier motivo; personas discapacitadas; personas que presenten capacidad laboral disminuida; amas de casa; trabajadores vinculados a centros de trabajo; los desvinculados laboralmente, una vez agotadas las posibilidades de empleo en el municipio. Artículos 10 al 14 de la Resolución No. 9/05 "Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia" en Cuba.

[49] Decreto Ley 260 de 1999 sobre a importancia de las sociedades mercantiles en Cuba.

Por su parte, la nueva Ley de inversión extranjera cubana ofrece la posibilidad de realizar inversiones por parte de empresas con capital extranjero en determinados sectores previa aprobación del Consejo de Estado de la República de Cuba…b) cuando se realicen para la gestión de servicios públicos, tales como transporte, comunicaciones, acueductos, electricidad, la realización de una obra pública o la explotación de un bien de dominio público. [50]

### 2.5 Algunas consideraciones sobre la imposibilidad de prestación de algunos servicios públicos por empresarios mercantiles en Cuba

Existen por consiguiente en Cuba una serie de actividades prestacionales que en el ordenamiento jurídico cubano no han sido declaradas como servicios públicos, pero sin temor a equivocarse, éstas pueden ser consideradas como tal. En esa dirección pueden enmarcarse las de: educación y cultura; salud, servicio eléctrico etc. que sobre la base de los pronunciamientos normativos cubanos no pueden ser prestados por sujeto alguno que no sea el Estado cubano u órgano creado por éste para ese fin.

A partir de ahí la Norma Suprema cubana establecen bajo el capítulo V en su artículo 39 la titularidad del Estado cubano sobre las actividades de educación y cultura,[51] así como en los principales postulados que guiarán las mismas se puede observar en el segundo párrafo b) la determinación de esta actividad como función del Estado cubano y la condición de gratuito, lo que constituye un principio del servicio público y un elemento fundamental en la concepción del Estado como sistema socialista. En este sentido es necesario aclarar el carácter obligatorio del estudio al menos hasta la delimitación del nivel básico.[52]

---

[50] El Consejo de Estado aprueba la inversión extranjera, cualquiera que sea su modalidad, en los casos siguientes…Artículo 21.2 de la Ley 118 de la inversión extranjera de 29 de marzo de 2014.

[51] El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones.

[52] La enseñanza es función del Estado y es gratuita. Se basa en las conclusiones y aportes de la ciencia y en la relación más estrecha del estudio con la vida, el trabajo y la producción. Aunque la investigación va encaminada prácticamente al análisis

Por su parte el artículo 45 reconoce esta actividad como un derecho ciudadano por lo que establece la obligación por parte del Estado a la prestación obligatoria y gratuita de la misma. En esencia cuando la Constitución establece el derecho de todos a la educación, prevé expresamente la obligación del Estado de crear y sostener escuelas, institutos y servicios suficientes dotados para asegurar el acceso a la educación y la cultura. En Cuba la garantía se esa prestación se manifiesta a partir del propio artículo 39 al establecer: El Estado mantiene un amplio sistema de becas para los estudiantes y proporciona múltiples facilidades de estudio a los trabajadores a fin de que puedan alcanzar los más altos niveles posibles de conocimientos y habilidades.

En el caso del servicio médico sucede algo muy parecido, bajo el capítulo VII dedicado a los derechos, deberes y garantías fundamentales se establece, a partir del artículo 50 el derecho de los ciudadanos a que se atienda y proteja la salud, así como la obligación del Estado de garantizarlo. En Cuba la protección a la salud ha sido una de las grandes conquistas de la revolución por lo que corresponde al Estado la titularidad de la prestación, pudiendo ser inferida esta desde el momento en que se obliga a éste a garantizarlo; excluyendo de ello a los sujetos particulares.[53]

La normativa infraconstitucional cubana también reconoce la imposibilidad de prestación de estos tipos de actividad por empresas mixtas a partir de lo regulado en el artículo 11 de la Ley No. 118 sobre la Inversión Extranjera en Cuba, donde se declara

constitucional es importante destacar que este reconocimiento de titularidad del Estado cubano se reafirma en los cuerpos normativos Decreto–Ley 67 de 1983. De los Organismos de la Administración central del Estado, y el Decreto-Ley 147 de 1994, sobre la reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado (OACE) en el artículo 70 donde se establece: El Ministerio de Educación es el organismo encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en la actividad educacional, excepto de la educación superior…

[53] Al igual que con la prestación educacional la titularidad en esta esfera se complementa con los cuerpos normativos citados anteriormente a partir del artículo 81 al establecer: El Ministerio de salud Pública es el organismo encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en cuanto a la atención de los problemas de la salud del pueblo…

exclusividad estatal a la actividad de salud y educación.[54]
En efecto y como puede apreciarse desde la propia normativa general se declaran estas actividades prestacionales como un derecho exclusivo del Estado cubano; razón por la cual se infiere claramente la exclusión e imposibilidad de un particular bajo cualquier condición jurídica de prestar alguna de estas actividades anteriormente descriptas.

## 3. Conclusiones

Como resultado de la insuficiente concepción teórica del servicio público en Cuba, no existe un adecuado reconocimiento de ésta categoría jurídica en la normativa constitucional, aún y cuando pueden encontrarse asomos de su base legal general -al tener el Estado la posibilidad de entregar a un sujeto la gestión de una actividad encaminada a la solución de intereses generales-, así como algunos principios aislados por el cuerpo normativo; tampoco se advierte un espacio para su regulación sistemática, fiscalización y control; o en su defecto la norma que será la encargada de hacerlo.
En Cuba no se ha considerado el reconocimiento del empresario individual mercantil, utilizando en consecuencia la denominación de "trabajador por cuenta propia"; trayendo como consecuencia contradicciones entre lo declarado doctrinalmente y la realidad práctica actual.
A partir de los pronunciamientos establecidos en las normativas cubanas se declaran las posibilidades de ser realizados los servicios públicos por sujetos mercantiles salvo sectores específicos determinado como exclusividad estatal. Sin embargo no resultan claras y determinadas las condiciones y regímenes jurídicos que permitan, sobre todo desde la Administración Pública, la plena realización de estas actividades prestaciones a fin de lograr la solución de las necesidades más generales de la sociedad.

[54] La inversión extranjera puede ser autorizada en todos los sectores, con excepción de los servicios de salud y educación a la población y de las instituciones armadas, salvo en sus sistemas empresariales.

## 4. Bibliografía

1. Acosta Romero M, "*Teoría general del Derecho Administrativo",* UNAM, México. 1975.
2. Ariño Ortiz /J. M. de la Cuétara Martínez/J.L. Martínez López-Muñiz, "*Significado actual de la noción de servicio público*". en la obra "*El nuevo servicio público*", Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1997.
3. Arroyo, I. *Código de Comercio y legislación mercantil complementaria*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.
4. Bacigalupo Saggese, M. *"Servicio público y derechos fundamentales" en,* Boletín de la Facultad de Derecho, número 21, Mexico, 2003.
5. Brewer-Carías. A "*Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias"*. Comentarios monográficos, Universidad Central de Venezuela, Venezuela,
6. Boquera Oliver, J. M. "*Derecho Administrativo*", volumen I, 3ra edición, Editorial Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España, 1979.
7. Boulouis, J. *prefacio a «L'expression constitutionnelle de l'administration française, contribution à l'étude des constantes constitutionnelles» - Albert Lanza (1968).*
8. de Corail, J. "*La crise de la notion juridique de service public en droit administratif framçais,*" Editorial Colin, Francia, 1954.
9. Chevallier J.*" Essasi ur la notion juridique de service public"* Déposito llégal- In édition: 1987. 2da édition mise á jour: 1991. juillet.
10. Duguit, L. "*Las transformaciones del Derecho Público".* Traducción de Adolfo Posada y Ramón Jean, segunda edición, volumen en 8º pesetas 6. Francia,
11. _____. "*Traité de droit constitutionnel,* tome deuxième, *La théorie général del I ´Ètat,* Deuxième éditions, París, Ancienne Librairie Fontemoing & C, Éditeurs, Francia, 1923.
12. Fernández Ruiz, J. *"Panorama del Derecho Administrativo mexicano".* Universidad de México, 2005.
13. Fraga Martínez Rayza y Mesa Tejeda Natasha. "*Los sujetos mercantiles en Cuba"* en Colectivo de Autores, Nociones

de Derecho Mercantil, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2005.

14. García Oviedo C. y Martínez Useros E. *Derecho administrativo.* 9va edición, EISA. Madrid, tomo II, España, 1968.
15. Garcini Guerra, H. "*Derecho Administrativo".* Editorial Pueblo y Educación, 2da edición, La Habana, Cuba, 1986.
16. Garrido Falla, F. "*Tratado* de *Derecho Administrativo"*, volumen II (parte general. conclusión), reimpresión de la 7ma edición, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1986.
17. Gastón Jèze. "*Principios generales del Derecho Administrativo. La técnica jurídica del derecho público francés"*, trad. de la 3ra. edición francesa de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, Argentina, 1948.
18. María Diez, M. "*Derecho Administrativo*", Buenos Aires, Plus Ultra, Argentina, 1979.
19. Martín Rebollo, L. en Colectivo de autores. "*Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica". (Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras)*. Universidad Autónoma de México, 1era edición, México, 2008.
20. Matilla Correa, A. "*Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba",* Editorial universitaria, La Habana, Cuba, 2009.
21. _____ en Colectivo de autores. "*Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica". (Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica)*. Universidad Autónoma de México, 1era edición, México, 2008.
22. Maurice Hauriou, en el "Prefacio de la 11na edición", bajo el título de "*El poder público y el servicio público",* de su "*Précis de droit administratif et de droit public géréral,*" de 1927.
23. Parejo Alfonso, L. "*El concepto del Derecho Administrativo".* Universidad Externado de Colombia. Editorial Jurídica Venezolana, 2da edición, Venezuela, 2009.
24. Serra Rojas, A. *"Derecho administrativo".* Primer curso. 19va edición, México, Editorial Porrúa, Mexico, 1998.
25. Silva Cencío, J. A. "*Servicio Público y Concesión de Servicios*" Públicos. Montevideo, Uruguay, 1980.
26. Silva Cimma. Enrique "*Derecho administrativo chileno y*

*comparado*", tomo II. (*Teoría general de los Servicios Públicos*), Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1961.

27. Tornos Mas J y Galán Galán A. "*La configuración de los servicios sociales como servicios públicos. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio. Secretaría de Estado de la seguridad social,* 2007.
28. Torres y Humberto Mora Osejo. *"Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa".* Editorial ABC, 2da edición en español. 2009. Librería ediciones del profesional lTDA.
29. Troncoso Reigada, A. *"Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: El caso del servicio público*". Revista Española de Derecho Constitucional Año19, número 57, Septiembre-Diciembre, España, 1999.
30. Uría, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 24ta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1997
31. Vedel. G. *"Derecho Administrativo"*, trad. de la 6ª. ed. francesa por Juan Rincón Jurado, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.
32. Villar Palasí, José, "*La actividad administrativa industrial del Estado en el derecho administrativo*", Revista de Administración Pública*,* Madrid, año I, número 3, septiembre-diciembre, España, 1950.

# OJEADA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE SUS FUNDAMENTOS DOCTRINALES. DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS [1]

Suleimane Só
Magister en Derecho Constitucional y Administrativo
Profesor de la Escuela Normal Superior Bissau
Ministerio de Educación Nacional
Email: sulay14@yahoo.es/suleimane@fd.uo.edu.cu,
República de Guinea - Bissau

**RESUMEN**:

La investigación parte de la problemática de Identificar las principales carencias e insuficiencias de la regulación de los derechos fundamentales a partir de un estudio de los principales instrumentos jurídicos de la misma y de la Unión Africana siendo el Órgano rector de la región, tomando como referencia a la Unión Europea y otros organismos internacionales con el mismo fin.
Permite un acercamiento desde las Uniones Europea y Africana; el tratamiento de los derechos humanos de la CEDEAO: una visión desde Cabo Verde (país miembro de la CEDEAO, seleccionado por sus logros político, económico y social, siendo el único de la CEDEAO que nunca ha sufrido golpe de Estado); que permita elaborar una propuesta de perfeccionamiento del tratamiento de los derechos humanos en la CEDEAO con incidencia en el ordenamiento constitucional de sus Estados Miembros.

**Palabras claves**: derechos humanos, derechos fundamentales, paradigmas constitucionales contemporáneos.

[1] El artículo es el resultado de investigaciones relacionadas con los derechos fundamentales y su aplicación en el continente africano, desarrollada en estudios de posgrado en la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, República de Cuba.

**ABSTRACT**:

The investigation starts from the problems to identify the principal scarcities and same insufficiencies of the regulation of the organic laws as from a study of their principal juridical instruments and of the African Union being the executive committee of the region, taking European Union and anothers international organisms as a reference with the same goals.
It allows an approach from the European Unions and African; the treatment of the human rights of the CEDEAO: a vision from Green Cabo (member country of the CEDEAO, selected candidate for its political, cost-reducing and social achievements, coming the only one from the CEDEAO that never has suffered coup d'état) which allows elaborating a proposal of perfecting of the treatment of the human rights in the CEDEAO with incidence on constitutional organizing of Members States.

**Key words**: Human rights, organic laws, constitutional contemporary paradigms.

**Introducción:**

El tema de los derechos fundamentales (o humanos) en la actualidad constituye una gran preocupación, no sólo en el Derecho Constitucional sino también en la Ciencia Política y, en sentido general, en toda la sociedad, principalmente en la búsqueda de su reconocimiento y protección, su tratamiento jurídico como medio ideal para hacer valer la dignidad humana, tanto nacional como internacionalmente. Todo ello comprendido a partir de una noción de derechos fundamentales, asumible para otros términos como derechos humanos o constitucionales, como reservados generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en su Carta Magna y en los instrumentos jurídicos internacionales que al respecto se han adoptado.
Y esto se afirma en la idea de una sociedad justa que llevará aparejada la promesa de emancipación y dignidad humana plenas. Al igual, exigente del debido aspecto distributivo de la equiparación jurídica y de igual trato jurídico, es decir, la justa distribución de

las compensaciones sociales, resultado del sentido universalista de los derechos fundamentales cuyo fin será asegurar los espacios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros principios también fundamentales para la existencia humana. Con ello, la igual distribución de los derechos sólo puede ser consecuencia de la reciprocidad del reconocimiento de todos como miembros iguales y libres. Es innegable que el grado de democracia en que un país se erige se mide precisamente, entre otros indicadores, por la expresión de los derechos fundamentales y por su afirmación plena en tales sociedades, fungiendo tales derechos entonces como parámetros de validación de tal democracia. Siguiendo esta idea, hoy prácticamente llega a afirmarse que no podemos hablar de la democracia sin el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, legitimando mediante los mismos todos los poderes sociales, políticos e individuales.

Con relación al origen y evolución de los derechos humanos, sus contenidos esenciales y alcance material de los mismos, en la doctrina nacional se asume casi invariablemente la inicial influencia religiosa, siendo concebidos al unísono como cualidad derivada de la naturaleza propiamente humana de las personas. Posteriormente, a partir del momento de la formación de los primeros Estados Nacionales, y con la agudización de la crisis del absolutismo monárquico, se retoma la idea por parte de los liberales burgueses de la existencia de determinados derechos que por naturaleza le eran inherentes y propios a todas las personas por gozar de tal condición y se erigieron, entonces, como baluartes ideológicos de la burguesía en su pretensión de asumir el poder político y entronizarse en este.

En ese momento histórico comienzan a aparecer derechos declarados en documentos que no tenían carácter jurídico vinculante, más luego ya comienzan a incorporarse a los primeros textos constitucionales de entonces, siendo consagrados posterior a la Segunda Guerra Mundial como los fundamentos más importantes en los que debería erigirse toda sociedad, mucho más teniendo en cuenta los resultados de tal conflagración y, con ello, el menoscabo que se había producido sobre la condición humana digna. Sin embargo, ya la historia se encargaría de reafirmar que el solo reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales no sería suficiente si no se acompañaba de garantías que aseguraran

la efectividad y aplicación libre e inmediata de los mismos.
A la par, comienzan a consolidarse en el mundo diversos procesos integracionistas que, inicialmente marcados por los intereses económicos, comienzan a girar hacia lo político y social y, por supuesto, en sus propósitos comunes comienzan a tener en cuenta el tratamiento de los derechos fundamentales, máxime en el ánimo de construir espacios de identidad comunitaria y ciudadana.
Como muestra de estos procesos, puede tenerse como referencia: en Europa, las Comunidades Europeas (de Energía Atómica, del Carbón y el Acero y la Económica), las que finalmente condujeron en un inicio a la Comunidad Europea y luego del Tratado de Maastricht en 1992 a la definitiva Unión Europea; en América, la Organización de Estados Americanos, la Comunidad del Caribe, aglutinadora de los países anglosajones, la Asociación de Estados del Caribe, el Mercado Común del Sur, la Comunidad Andina de Naciones, la Unión Sudamericana y, más recientemente, la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe; y, en el caso de África, la entonces Organización por la Unidad Africana sustituida en 2002 por la actual Unión Africana, y las agrupaciones regionales, entre las que destaca la Comunidad Económica de Estados de África Occidental.
Y destacamos la CEDEAO no solamente por alguna afinidad personal, subjetivada por pertenencia a uno de sus Estados Miembros, Guinea-Bissau, sino porque la CEDEAO ha consolidado un espacio de integración regional en África que la destaca por encima del resto de los esquemas de este tipo, toda vez que se ha consolidado en el tiempo logrando superar las inicialmente lógicas diferencias entre sus Estados Miembros, y construyendo una Comunidad política, económica y social estable y sostenible.
Sin embargo, con relación a los derechos fundamentales (o humanos) este creciente y sostenible resultado no ha gozado de iguales indicadores. Tal es así, que el Tratado fundacional de la CEDEAO, de 1975 revisado en 1993, no contiene Declaración alguna sobre tales derechos más allá de una tenue mención en el art. 4 inc. g) entre los principios fundamentales de la Comunidad. Tampoco tal Declaración ha sido adoptada posteriormente, mucho menos un Convenio o Pacto relativo a los derechos.
Y aunque se instituye un Tribunal de Justicia de la Comunidad, ante el mismo no están legitimados para acudir los ciudadanos de los Es-

tados Miembros cuando perciban un menoscabo o lesión a alguno de los derechos que tienen reconocido en su respectivo ordenamiento jurídico, una vez agotadas las instancias judiciales domésticas, tal y como sí se trata de asegurar en otras regiones. Tal escenario fue el motivador principal para el desarrollo de la presente investigación, toda vez que no puede dejarse de comprender la importancia de los derechos humanos en la construcción de espacios regionales comunes.

Por tanto nos encontramos efectuando una investigación novedosa, realizando un estudio científico argumentado con aportes jurídico desde posiciones doctrinales interdisciplinarias, sobre la base de las realidades jurídicas, políticas, sociales y culturales de esta región geográfica que constituye el África Occidental.

Sin embargo, nosotros asumimos desde el propio inicio de la investigación el término "derechos fundamentales" no sólo por tratarse de un término más propio del Derecho Constitucional sino porque efectivamente pretendemos llevar los resultados al menos, uno de los países miembros de la CEDEAO, de modo que pueda visualizarse desde su ordenamiento constitucional como se recepcionan y tienen vigencia los derechos reconocidos en los instrumentos que constituyen la Comunidad. De todos modos, ya viene siendo empleado el término "derechos fundamentales" en instrumentos internacionales con la misma connotación que la de "derechos humanos".

En este sentido el problema científico define: ¿Es adecuado el tratamiento jurídico que reciben los derechos humanos en la CEDEAO según las exigencias de las nuevas tendencias del Derecho Constitucional y del Comunitario, así como con respecto a los instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los mismos?

**Reseña histórica del origen y evolución de los derechos humanos**.

En el devenir de la especie humana, siempre se ha verificado una "apasionante historia de la larga, y a veces trágica, lucha de hombres y mujeres por lograr el pleno disfrute de sus derechos fundamentales, es decir, aquellos que les corresponde por el simple hecho de ser personas, miembros de la gran familia humana".[2]

[2] Carlos Tünnermann, *Los Derechos Humanos: evolución histórica y reto educativo*, p.7.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 364-410

Así, el valor de los derechos fundamentales como productos históricos condensan conquistas pasadas, demandas presentes y proyectos futuros. De esta forma, los mismos han evolucionado en dirección al presente, acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación, por lo que su historia se revela, a la vez, como paradigma y como progreso constante en el sentido de asegurar la plena dignidad de todos los seres humanos y la necesidad de imponer los límites y controles a los actos practicados por el Estado y sus autoridades, es decir, al poder gobernante. [3]

Más, cuando se trata de comprender y/o entender mejor los derechos fundamentales, no basta con observar pasivamente la historia, es necesario reflexionar sobre ella y vincularla al destino del ser humano en concreto, a la consecuencia que tenga de sí mismo con relación a sus derechos o de la necesidad de adquirir y alargar en todos los dominios de la vida política y social su existencia plenamente digna.

De hecho, un referente ineludible en la búsqueda histórica de la reivindicación de derechos fundamentales se halla como antecedente básico en la doctrina del cristianismo, fundamentalmente con posterioridad a la Reforma Protestante. Ello se debe a que en la misma se concebía que los hombres, por ser creados a imagen y semejanza de Dios, se les debía reconocer alto valor interno y libertad propia inherente a su naturaleza, encerrado en una idea de que los mismos tendrían derechos que debían ser respectados por todos, incluso por la sociedad política.

De este modo, se entenderá que la libertad del hombre, en su afirmación de la dignidad de la persona humana, pertenece a todos sin distinción, lo que sugiere una igualdad fundamental de naturaleza entre ellos. Los hombres se reúnen en sociedad para preservar la propia vida, la libertad y la propiedad, de modo que esos bienes jurídicos ya eran entendidos como derechos oponibles al propio soberano (entonces personificado en el monarca), en este sentido ya se entendía la defensa de esos derechos representaba la razón de ser del Estado y su principio legitimador.

De ahí que la importancia de la Reforma Protestante para la consolidación de los derechos fundamentales. La misma llevó a reivindica-

[3] Derley Da Cunha Junior, *Curso de Derecho Constitucional*, pp. 566 y ss.

ción el paulatino reconocimiento de la libertad de opción religiosa y de culto en varios Estados de Europa, como fue el caso del Edicto de Nantes, promulgado por Henrique IV de Francia, en 1598, poniendo fin a la unidad religiosa. Ello contribuyó para reforzar el individualismo y para alentar el papel del hombre en la sociedad y en la historia.

En este contexto, y con relación a las primeras limitaciones al poder del Estado concebidas entonces, las mismas surgirán en el final de la Edad Media. Así, el antecedente más importante apuntado por varios autores es la Magna Carta de Libertades (*Magna Charta Libertatum*), en Inglaterra, en 1215, reconociéndose derechos de los barones, con restricciones al poder absoluto del monarca una vez firmada la misma por el Rey Juan Sin Tierra. Por ello, para algunos autores, como Paulo y Alexandrino,[4] la misma marcó el inicio del reconocimiento jurídico los derechos fundamentales, si bien tales derechos allí reconocidos no garantizaban una esfera irreductible de libertades a los individuos en sentido general, sino aseguraron el poder político de los barones mediante los poderes del Rey, es decir, los privilegios feudales de los nobles ingleses.

Posteriormente se promulgaron otras declaraciones de derechos, que no sólo pretendían limitar al poder del Estado sino reconocer efectivamente que existía un ámbito de desenvolvimiento legítimo de toda persona consagratorio de la libertad, la igualdad y la justicia. Con todo ello, sólo hasta el siglo XVIII, con la Revoluciones americana y francesa fueron editados los primeros enunciados de derechos fundamentales que serían asumidos universalmente, incluso hasta la contemporaneidad. Por tanto, el estudio de la evolución histórica de los derechos fundamentales remite necesariamente y preliminarmente al estudio de las tales Declaraciones de Derechos.

Asumiendo esta idea, Schmitt bien enaltece la importancia de las Declaraciones de Derechos en la afirmación y consolidación de los derechos fundamentales, cuando afirmó que: "la Declaración solemne de Derechos fundamentales significa el establecimiento sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y for-

[4] Vicente Paulo y Marcelo Alexandrino, *Direito Constitucional descompilado*, p. 97.

mación incesante de esa unidad".[5]
La primera de estas Declaraciones fue la de Virginia, en 1776, estableciéndose en la misma, entre otros principios fundamentales, la igualdad de derechos, la división de poderes, la elección de los representantes, los derechos de defensa y las libertades de imprenta y religiosa. Posteriormente, durante la Revolución francesa fue adoptada la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, convirtiéndose en un referente para la concepción de los derechos fundamentales que en la contemporaneidad se asume.
Como puede apreciarse, los antecedentes históricos y la evolución de derechos fundamentales, está acompañada por un fenómeno de crisis de las libertades o, de otro modo, como enfatiza Colliard, que "las causas sociales, económicas y técnicas de las crisis de libertades públicas son también sus factores de evolución".[6] Esa evolución, por tanto, es animada por las luchas en defensa de nuevas libertades contra los viejos poderes del Estado,[7] fueron los desafíos enfrentados por la doctrina de los derechos fundamentales los mayores responsables por la evolución de ese derechos.
En este sentido, apunta Gonçalves Ferreira Filho que "la doctrina de los derechos fundamentales reveló una gran capacidad que incorpora desafíos. Su primera generación enfrentó el problema del arbitrio gubernamental, con las libertades públicas, la segunda, los de extremos desniveles sociales, como los derechos económicos y sociales, la tercera, hoy, luchan contra la deterioración de la cualidad de vida humana y otras malezas como los derechos de solidaridad".[8]
Por tanto, la evolución de los derechos fundamentales acompaña los procesos históricos, las luchas sociales y los contrastes de regímenes políticos, así como los progresos científicos, técnicos y económicos.
Otra Declaración muy importante fue la de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado en Rusia (1917), al pronunciarse sobre una idea distinta de sus antecedentes inglés, norteameri-

---

[5] Carl Schmitt, *Teoria de la Constitución*, p. 167.

[6] Claude Albert Collard, *Libertes publiques*, pp. 6-8, *cit*. por Da Cunha Junior, *op. cit*., p. 568.

[7] Norberto Bobbio, *A era dos Direitos*, p. 5

[8] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*, p. 22, *cit.* por Da Cunha Junior, *op. cit*., p. 569.

cano y francés, que recaían más en las ideas liberales, pero esta última Declaración, buscó sus raíces en los preceptos socialistas de la Revolución Rusa ocurrida en el mismo año, representando la quiebra de la estructura implantada por la burguesa concibiendo en su lugar una idea diferente de gobierno que, al menos teóricamente, debería permitir una igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos.[9]

Finalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, realzando la preocupación con el respecto a los derechos humanos en todos los partes del mundo, máxime teniendo en cuenta las graves consecuencias que para la humanidad provocaron las dos conflagraciones mundiales.[10] Los derechos inscritos en la misma constituyen un conjunto indisociable e interdependiente de derechos individuales y colectivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin los cuales la dignidad de la persona humana no debe ni realizarse ni desenvolverse por completo. Ello permitió que esta Declaración se transformara, a partir de la última mitad del siglo XX, en una fuente de inspiración para la elaboración de diversas cartas constitucionales y tratados internacionales de protección de los derechos fundamentales.[11]

Puede ser en ese sentido, como dice Bobbio que la "Declaración Universal es una síntesis del pasado y una inspiración para el futuro". Este documento se tornó en un paradigma ético a través del cual puedes evaluar, constatar y hasta legitimar los regímenes y los gobiernos.

Los derechos reconocidos en varios artículos de la DUDH representan hoy uno de los más importantes marcos de nuestras civilizaciones, por asegurar una convivencia social digna y pacífica, y constituyen el principio de interpretación de la Declaración en beneficio los derechos y garantías proclamados en el mismo. Sin embargo, la Declaración carece de un valor jurídicamente vinculante, empleándose como un documento más bien orientativo,

---

[9] Walber de Moura Agra, *Direito Constitucional*, p. 149.

[10] Rodrigo César Rebello Pinho, *Teoria Geral da Constituiçao e Direitos Fundamentais*, p. 101.

[11] De Moura Agra, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

por lo que se hizo necesario adoptar los instrumentos jurídicos que hicieran efectivo el contenido y propósitos de la Declaración. Ellos fueron, principalmente, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados en 1966 y puestos en vigor en 1976. Mediante ellos, definitivamente, los Estados asumieron compromisos ante la comunidad internacional de reconocer y tutelar los derechos humanos consagrados en tales documentos, propiciando con ello la incorporación más efectiva de los derechos en calidad de fundamentales en sus respectivos ordenamientos jurídicos, cuestión que no ha estado, sin embargo, exenta de un tortuoso y difícil camino.

**Los derechos humanos: definición, titularidad y contenido esencial.**

En la doctrina y el Derecho comparado se emplean indistintamente los términos de "derechos humanos" y "derechos fundamentales" haciendo alusión al conjunto de valores, principios o facultades reconocidas a los seres humanos en el propósito de contribuir con la dignificación de los mismos. A pesar de inexistencia de un consenso acerca de la diferencia en relación al empleo de ambos términos, un acuerdo se manifiesta en reconocer como objetivo de los mismos proteger la dignidad de la persona humana, contemplando entre su conjunto derechos relacionados con la libertad, la justicia y la igualdad.

La distinción entre los términos derechos humanos y derechos fundamentales, si bien las expresiones sean comúnmente utilizadas con idénticos significados, autores como Mendes, citado por Paulo y Alexandrino, afirman que: "La expresión de los derechos humanos es reservada para aquellas reivindicaciones perenes respecto a ciertas posiciones esenciales del hombre, derechos postulados en bases iusnaturalista que poseen índole filosófica y no tiene característica básica la positivación en un orden jurídico particular".[12]

De ahí que la positivación de esos valores, a veces ocurre en planos distintos. En cuanto a los "derechos humanos", los mismos se encuentran consagrados en los tratados y convenciones internacio-

[12] Paulo y Alexandrino, *op. cit*., pp. 99 y 100.

nales, es decir, en el plano del Derecho Internacional Público, mientras que los derechos fundamentales, son los derechos consagrados y positivados en las Constituciones de cada país, es decir en el plano interno, pudiendo en su contenido y alcance variar de un Estado a otro.[13] Por tal motivo, asumimos este término a los efectos de los objetivos que han sido trazados en la presente investigación con alcance al Derecho Constitucional, si bien se comienzan a proyectar hacia el Derecho Internacional Público.

Desde el punto de vista histórico, para Pérez Luño la expresión derechos fundamentales (*droits fondamentaux*) surgió en Francia en 1770, en el movimiento político y cultural que dio origen a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.[14] Por su parte, en Alemania el término derechos fundamentales (*Grundrechte*) tiene un lugar de destaque, siendo utilizado para designar el sistema de relación entre individuo y el Estado, en cuanto los fundamentos de orden jurídico-político, siendo empleado por primera vez en la Constitución de 1871 de ese respectivo país.[15]

En la doctrina comparada es apreciable la variedad de definiciones ofrecidas a los derechos fundamentales. Así, desde una perspectiva puramente formal o estructural, Ferrajoli afirma que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "*status*" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.[16]

Por su parte, Hernández Martínez considera que los derechos fundamentales son los derechos del hombre, jurídico-institucionalmen-

---

[13] Marcelo Novelino, *Direito Constitucional*, pp. 383 y ss.

[14] Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 30., cit. Novelino, *op. cit*., p. 383.

[15] *Idem*.

[16] Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 19.

te garantizados y limitados espacio-temporalmente, son derechos objetivamente vigentes en un orden jurídico concreto,[17] criterio compartido, en cierta medida, por Hernández Valle, para quien los derechos fundamentales serán el "conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo".

Frente a ello, Peces-Barba asume que la expresión "derechos fundamentales" comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, por lo que deberíamos afirmar además, como componentes esenciales del concepto, el conjunto de valores y principios universalmente aceptados y comprometidos en la búsqueda y concreción de la plena dignidad humana.[18]

A partir de todos estos conceptos dados, podremos entender a los derechos fundamentales como el conjunto de valores, principios, instituciones, facultades y/o prerrogativas reconocidas a todos los seres humanos que, en cada momento histórico, han sido reivindicados como consagratorios de la dignidad humana, a partir de los principios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros, y que en la actualidad gozan de un consenso en la comunidad internacional de naciones, así como que deben estar positivados en los ordenamientos jurídicos vigentes con el propósito de dotarlos de las necesarias efectividad y aplicabilidad jurídica y material.

Con respecto a sus titulares, serán reconocidos como tales, en principio, las personas que así lo reafirmen sus respectivos Estados, bien sean nacionales o no de ellos, así como que cumplan con determinadas exigencias básicas (edad u otras condiciones, no debiendo estar exceptuados por alguna situación legal). En la actualidad se reconoce que en su gran mayoría deberán ser reconocidos como tal las personas que necesitan de protección de sus derechos (derecho a la vida, igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia, libertad de conciencia, libertad personal y seguridad individual, etcétera).[19]

En el actual entorno a la titularidad de los derechos fundamentales se evidencian dos corrientes novedosas: la primera, que pretende reconocer que la titularidad de ciertos derechos se podrán recono-

[17] María del Pilar Hernández Martínez, "Constitución y derechos fundamentales", p. 1042.

[18] Ferrajoli, *op. cit*., p. 19.

[19] Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, p. 99.

cer a las personas jurídicas, y la segunda, que aboga por reconocerles derechos fundamentales a los poderes públicos. Más allá de ello, lo cierto es que por su naturaleza no podrán ser ejercidos la inmensa mayoría de tales derechos por parte de personas jurídicas (como son la libertad personal, la libertad de conciencia, el derecho a la honra de persona y de su familia, el derecho a la protección de salud, entre otros), y con respecto a reconocerle titularidad de derechos fundamentales a entes estatales, parece indiscutible que tales derechos son de la persona como sujeto activo, y al Estado como sujeto pasivo, en la medida en que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos o cuerpos intermedios, por lo que se torna indefendible tal posición.[20] Todo lo mencionado anteriormente varía de acuerdo a cómo en cada Estado tanto su respectiva Constitución y ordenamiento jurídico lo formulen.

Otra cuestión importante con relación a los derechos fundamentales es su contenido esencial, el cual, como no podía ser de otro modo, empieza a definirse desde el propio texto constitucional. Así, la pauta interpretativa para determinar el contenido esencial del derecho es que hay que partir de lo que dispone la Constitución sobre el derecho concretamente. Entonces, se hace necesario acudir a la norma constitucional no solo porque "un derecho fundamental a una libertad pública es una Estado democrático de Derecho no puede tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, como tampoco puede proteger unos intereses al margen o en contra del texto fundamental, sino también por que ayudará a identificar el ámbito de la realidad aludida y que es objeto de protección por la norma constitucional, para diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que este específicamente quiere proteger".[21]

Sobre el contenido esencial de los derechos hay una rica gama de posiciones teóricas, de las cuales sólo analizaremos algunas posiciones representativas de las denominadas teorías subjetivas y objetivas, como también las llamadas terceras posiciones. Para

[20] *Ídem*, p. 100.

[21] Jesús Raúl La Madrid Aliaga, *Derecho Constitucional General*, p. 148.

ello, en la teoría subjetiva o absoluta de Doring,[22] presupone un significado subjetivo del concepto de derecho fundamental. Así, los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el hecho de ser persona humana. Los derechos tienen así un carácter suprapositivo. Para este autor, la dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea.

Así, la cláusula del contenido esencial de los derechos se incluye como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos. Continúa considerando este autor que la denominación de derechos fundamentales se utiliza, para designar a los derechos humanos o derechos esenciales positivados en el ordenamiento jurídico de cada Estado. Mientras que la denominación de derechos humanos, se reserva a las normas de derecho internacional que aseguran, garantizan y protegen los derechos esenciales de la persona humana. Todo ello concuerda con lo anteriormente expuesto sobre esta distinción.

En todo caso de violación de la dignidad humana, se requerirá una vía penal para sancionarla, porque la que se protege es el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación en función de las obligaciones sociales. En la misma teoría subjetiva, tanto Stein como Schneider,[23] coinciden que los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente. Aunque Schneider va más lejos al mencionar el recurso de amparo como otra forma de proteger los derechos fundamentales establecida por el legislador que determina un trato discriminatorio es contraria la Constitución.

[22] Nogueira Alcalá, *op. cit*., p. 177.

[23] *Idem*, p. 178.

Las tres concepciones, consideran los derechos esenciales o fundamentales como derechos subjetivos. Sin embargo, no toda la doctrina y la jurisprudencia se plantean en esta posición. Existen un número significativo de autores que plantean teorías objetivas del contenido esencial de los derechos, algunas de ellas son las que se establecen a continuación.

Klein[24] desarrollo su teoría objetiva en base a argumentos sistemáticos o teleológicos. Para concepto de derecho fundamental no sólo incluye los derechos públicos subjetivos sino también las garantías institucionales, las normas principales y las reglas de interpretación de los derechos fundamentales. De este modo, el contenido esencial sería el núcleo o círculo interno del derecho fundamental, mientras que el contenido accidental sería la periferia o elemento exterior del derecho fundamental.

El contenido esencial otorga identidad al derecho, la garantía institucional de dicho contenido lo protege frente a su anulación o destrucción o de una transformación que produzca una desnaturalización sustancial de la institución. Klein considera que un número importante de limitaciones de los derechos fundamentales no serían posibles sin que los derechos en sentido subjetivos fueran afectados en su contenido esencial. Ejemplos: penas de presidio en que se afecta el contenido esencial del derecho de libertad personal, el contenido esencial del derecho se vincula estrechamente con el principio de igualdad.

Otro exponente de la teoría objetiva, Jackel,[25] considera que la protección de las posiciones de los derechos fundamentales de las personas se debe concretar a través de las normas jurídicas que establezcan las propias garantías de los derechos fundamentales, las cuales en su concepto, son más adecuadas y efectivas que lo que establece la norma del contenido esencial de los derechos.

En efecto, este autor especifica su posición al considerar las relaciones de sujeción especial, que se plantean cuando las personas tienen un grado especial de dependencia respecto a la administración del Estado, al insertarse en una organización estatal que trae aparejada un estado de restricción de algunos derechos esenciales, como

[24] *Ibídem*, p. 179.

[25] *Ibídem*, p. 180.

ocurre, por ejemplo, con los presos, los miembros de las Fuerzas Armadas o quienes realizan el servicio militar. La razón de esta posición de sujeción deriva de la inserción del individuo en la estructura administrativa del Estado. Así, los que se encuentran en tal posición de sujeción especial son titulares de los derechos esenciales, pero no de su ejercicio.

Más adelante, Jackel sostiene que el contenido esencial de los derechos sólo sería lesionado por las relaciones de sujeción especial en dos supuestos: el primero, cuando el conjunto de personas sometidas a relaciones de sujeción especial configuran una cifra global que no permita cualificar su estatus como especial: y segundo, cuando las relaciones de sujeción especial son creadas arbitrariamente *ex novo*.

Von Hippel[26] parte de la consideración de que las normas de derechos fundamentales, regulan cuestiones básicas de orden social, siendo formuladas en forma abstracta y, por tanto necesitan de concreción, los derechos sólo son directrices de los distintos intereses de libertad. Cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo, cuando y en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le son contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango. Cada derecho encuentra su límite natural de carácter inmanente a los intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad. La tesis de Von Hippel requiere valorar interés en conflicto y ponderarlos en cada caso concreto, en todo caso, nunca puede un interés de libertad (un derecho), ser necesario para proteger bienes jurídicos de mayor entidad.

A su vez, hay autores que critican las teorías subjetivas y objetivas, por cuanto para ellos las primeras sólo ofrecen poca libertad de decisión al legislador, mientras que las segundas son objeto de crítica, porque ofrecen demasiada libertad al legislador. En esta perspectiva se sitúa Lerche,[27] para el cual el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado con el respectivo al derecho fundamental. Este primer criterio se complementa con un segundo, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida

[26] *Ibídem*.

[27] *Ibídem*.

limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad.

Para Hesse, por su parte, el objeto de protección del derecho fundamental es tanto el derecho subjetivo como la garantía objetiva. El autor sostiene, que en las limitaciones o configuraciones legislativas de los derechos, se debe proteger la libertad individual garantizada por el derecho, como la función social de los derechos esenciales.

Teniendo en cuenta de múltiples criterios sobre el contenido de los derechos fundamentales, podemos clasificarlos partiendo de la idea de Vieira de Andrade, citado por Rodrigo,[28] en cuanto a sus contenidos en tres especies de los derechos fundamentales, clasificación que a su vez nos lo coincidirán con las generaciones que históricamente han sido reconocidas y que más adelante estudiaremos, a saber:

Derechos de defensa o derechos de libertades: que implican el deber de abstenerse el Estado, de no interferencia en lo que corresponde a las libertades individuales; derechos de prestación: que imponen al Estado un deber de accionar, para la protección de los bienes jurídicos protegidos, o para promover condiciones materiales y jurídicas para el gozo de eses bienes; y derechos de participación: derechos de participación, tanto en la vida política como social y económica, en la formación de voluntad política de la comunidad.

Más allá de todo lo anteriormente expuesto, lo importante –y trascendente por momentos– es el aseguramiento pleno del ejercicio de los derechos fundamentales a sus titulares reconocidos en cada uno de los ordenamientos jurídicos vigentes, con el propósito de dotar de contenido esencial y propio cada uno de ellos, por cuanto la mera retórica de su pronunciamiento, carente de tales elementos, no conducirían a su plena afirmación, urgente en los tiempos en que vivimos, en los que la especie humana se encuentra sometida al hegemónico dominio tanto de regímenes políticos, carentes de legitimidad necesaria, como de actores económicos y sociales que, en muchas ocasiones, pretenden menoscabar el reconocimiento, goce y disfrute de tales derechos fundamentales, desconociendo su importancia pasada, presente y futura para la debida coexistencia de la humanidad.

[28] Rodrigo César Rebello Pinho, *Teoria Geral da Constituiçao e Direitos Fundamentais*, p. 100.

**Tipología de los derechos humanos como derechos fundamentales**

Tipificar los derechos constituye uno de los propósitos extremamente difíciles en su estudio, sobre todo cuando se trata de los derechos fundamentales, partiendo de su origen y complejidad. Debemos recordar, por otra parte, que los derechos fundamentales no están ajenos de los derechos humanos, o sea ambos coinciden, aunque no tienen el mismo sentido en las normas jurídicas, siendo los primeros expresados en los ordenamientos domésticos y los segundos en el ordenamiento internacional. Tales conceptos, llegan a complementarse a partir de que la norma jurídica nacional no crea los derechos humanos, sino trata de reconocerlos, a partir fundamentalmente de las Constituciones, representa la decisión básica de una sociedad de afirmar los valores éticos, morales y políticos de la misma en base de tales derechos fundamentales.

En caso de los derechos fundamentales hay varias clasificaciones según el autor. Para Paulo y Alexandrino,[29] los derechos fundamentales, son tradicionalmente clasificados en generaciones (o dimensiones), teniendo en cuenta el momento de su surgimiento y reconocimiento por los ordenamientos constitucionales. Los derechos de primera generación realzan el principio de libertad. Son los derechos civiles y políticos, reconocidos en la Revolución Francesa y Americana. Estos se caracterizan por imponer al Estado un deber de abstención, no hacer, ni interferencia, de no intermisión, en el espacio de autodeterminación de cada individuo. Son los llamados como libertades individuales, que tiene cono foco a la libertad del hombre individualmente considerado, sin ninguna preocupación con las desigualdades sociales.[30]

Modernamente, la doctrina nos presenta una clasificación de derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación, basándose en el orden histórico cronológico en que pasarán a ser constitucionalmente reconocidos. Como destaca de Mello: "en cuanto los derechos de primera generación (derechos civiles y políticos) -que comprenden las libertades clásicas, negativas o formales- realzan el principio de la libertad y los derechos de segunda generación

[29] Paulo y Alexandrino, *op. cit*., pp. 101 y 102.

[30] *Idem.*

(derechos económicos, sociales y culturales) -que se identifican con las libertades positivas, reales o concretas- acentúan el principio de igualdad, los derechos de tercera generación, que materializan poderes de titularidad colectiva atribuidos genéricamente a todas las formaciones sociales, consagran el principio de solidaridad y constituyen un momento importante en el proceso de desenvolvimiento, expansión y reconocimiento de los derechos humanos, caracterizados en cuanto valores fundamentales indisponibles, por la nota de una esencial inexorabilidad".[31]

Sin embargo, hay otros enfoques teóricos bajo los que se estudian los derechos intentando ofrecer una clasificación metodológica del mismo. Para lograr nuestro objetivo nos serviremos de un muy conocido trabajo de Böeckenförde,[32] quien en su momento identificó cinco tipos de teorías sobre los derechos fundamentales, aunque en la realidad son tres las que nos interesan puesto que nos permiten un mayor rendimiento explicativo. Las tres que nos interesan de forma especial son: la teoría liberal, la democrático-funcional, y la del Estado social.

Dada la importancia que trasciende las tres seleccionadas, nos permiten extraer importantes consecuencias para la interpretación de los derechos establecidos en algún ordenamiento constitucional concreto. Con las tres mencionadas podemos identificar las consecuencias que este punto de vista tiene para los derechos.

Al respecto de las mismas, Bernal Pulido, sostiene que: "La diversidad de consecuencias que puede extraerse de cada teoría, está determinada por el diferente acento que ponen en la función que los derechos fundamentales cumplen como factor de legitimación del poder del Estado y como el instrumento para satisfacción de ciertas necesidades humanas".[33] De ahí que, lo más importante, más que relacionarlas, es interpretar el alcance que cada una puede brindar al concepto de derechos fundamentales en el ánimo de superación histórica hacia cada uno de los déficits provocados en la consecución de la dignidad humana.

---

[31] Alexandre Morais, *Direito Constitucional*, p. 34.

[32] Tomado de Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, p. 33.

[33] Carlos Bernal Pulido, El *principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 252, *cit.* en *idem*, p. 34.

A continuación señalo las tres teorías:
La teoría liberal: Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Los derechos de libertad se entienden también como los que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que puedan y lo que no pueden hacer. Esta teoría tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas preexistentes al Estado y oponibles al mismo. Como señala Bernal Pulido,[34] en la óptica de la teoría liberal, los derechos fundamentales, aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervención de lo público, cuales son los cursos de acción a emprender. Por eso hace falta saber, hacia dónde vamos a movernos, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados – de su cuerpo, de su imagen, de su honor – y de sus posiciones y pertenencias. Todo se trata de derechos de defensa o de rechazos de injerencias extrañas en los campos privados del individuo. De tal modo, la teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en lo mismo como derechos oponibles al Estado, como derechos-barrera que el individuo hace valer frente al Estado y que lo pueden defender contra intromisiones del poder público.
Hay dos de los principales exponentes de la teoría liberal como Schmitt y Rawls. El primero de ello, Schmitt,[35] asume una teoría sobre los derechos que puede resumirse en tres puntos básicos: a) los derechos fundamentales son derechos de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que el Estado no tiene competencias y en los que, consecuentemente, no puede entrar; b) el número de los derechos que pueden ser considerados fundamentales es muy bajo, ya que sólo se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no dependen de la legislación; y c) los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser del todo excepcional y en cualquier caso mesurado, limitada y sujeta a control.

[34] *Ibidem*.35

[35] *Ibidem*, p. 37.

Por su parte, para Rawls lo más importante en este momento, para efecto de la teoría liberal de los derechos fundamentales, es que las libertades básicas tienen un carácter prioritario y que, en consecuencia, tiene una situación especial que les concede un peso específico absoluto frente a razones de bien público y frente a valores perfeccionistas. Esto significa que tales libertades están fuera de la lógica de la política y del mercado, ya que son prioritarias con respecto a otras razones que pudieran existir como expectativas sociales. El carácter prioritario de las libertades básicas no significa sin embargo que no puedan esas libertades reguladas. Sostiene Rawls[36] que la regulación puede y debe existir, sobre todo para lograr que las libertades puedan convivir de la forma más armónica posible entre ellas. Sin embargo, distingue entre la regulación de las libertades (que es aceptable) y la limitación de las mismas (que no lo es).

Rawls pretende explicar que, debemos distinguir entre su restricción y su regulación. La prioridad de estas libertades no se viola cuando están reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapta a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable e Instituir las libertades básicas, así como satisfacer los diversos deseos de los ciudadanos, impone cierta programación y organización social.

La teoría democrático-funcional: Para esa teoría lo importante es la función pública y política de los derechos, de forma tal que ocupan un lugar preferente aquellos derechos que contienen referencias democráticas como la libertad de opinión, la libertad de prensa, etc. Los derechos fundamentales son concebidos como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado.

Las repercusiones de la teoría democrático-funcional para la interpretación de los derechos son, según Böeckenförde,[37] por una parte funcionalización de la libertad para el fortalecimiento del proceso democrático; la libertad sin más de algunas teorías precedentes se convierte en "libertad para" y su contenido y alcance se determinan según la función a la que sirve en el contexto general del sistema de derechos. Por ello, esta teoría permitirá, por ejemplo, dar un

[36] John Rawls, *Liberalismo Politico*, p. 274, *cit. ibidem*, p. 39.

[37] Böeckenförde, *Teoria e interpretacion de los derechos fundamentales*, p. 60, *cit. ibidem*, p. 41.

tratamiento diferenciado a la prensa noticiosa y a la prensa mero entretenimiento, en la medida en que la primera jugaría un papel esencial en la construcción de democrática del Estado, mientras que la segunda tiene una función democrática menor por su orientación hacia intereses privados de los individuos.

La teoría del Estado Social:[38]El punto de partida de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social, explica Böeckenförde, es la sustitución del espacio vital dominado de autarquía individual por el espacio social de relaciones y prestaciones sociales efectivas. Es decir, en el Estado social se deja atrás la visión del Estado liberal que concebía al individuo rodeado de una esfera intransitable por el Estado; por el contrario, en el Estado social el espacio del individuo es un espacio que el Estado protege y que ayuda a construir para que toda persona pueda ejercer de manera efectiva su libertad.

La teoría del Estado social asume el desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real e intenta superarlo. Para hacerlo, es necesario incorporar disposiciones constitucionales que no solamente establecen libertades para los individuos, sino que también señalan prestaciones a cargo del Estado.

Para la interpretación de los derechos fundamentales la teoría del Estado social tiene varias consecuencias. En primer lugar, la concreta garantía de los derechos deviene dependiente de los medios financieros con que cuente el Estado. Las prestaciones a cargo de los poderes públicos tienen un costo y éste tendrá que ser cubierto por vía impositiva; si los impuestos y los demás ingresos del Estado no son suficientes para cubrir las necesidades financieras, entonces los derechos no podrán ser adecuadamente garantizados.

Así lo entiende Böeckenförde. En realidad, en los últimos años se han producido desarrollos teóricos y normativos que rebajan la dependencia de los derechos fundamentales respecto a la existencia de recursos económicos. Es cierto que la satisfacción de los derechos (sobre todo de los derechos que conllevan prestaciones a cargo del Estado, como el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, etcétera) requieren recursos; pero su realización no está por completo supeditada a la existencia de esos recursos.

[38] *Ibidem*, pp. 42 y 43.

La teoría del Estado social traspasa las decisiones sobre diseño de prioridades, distribución y empleo de recursos del ámbito de la pura discrecionalidad política al ámbito del derecho. Es decir, el Estado ya no puede gastar el dinero público de la forma en que mejor le parezca sino que tiene que observar los mandatos constitucionales que le señalan las prioridades de gasto y los bienes jurídicos que requieren ser protegidos. Ahora bien, con ello se desatan inevitables conflictos entre derechos fundamentales y la interpretación de los mismos alcanza su punto máximo.

En parte, las necesidades de interpretación desplazan el protagonismo desde el Parlamento hasta las salas de los tribunales, y concretamente de los tribunales constitucionales. Se produce una juridificación de las actividades estatales y también, en gran medida, de las luchas sociales, que comienzan a ser luchas por la Constitución o, al menos, por la interpretación que de la misma puedan hacer los órganos competentes.

Los problemas de interpretación aumentan si consideramos que los derechos fundamentales de carácter social no contienen, cómo lo expone Böeckenförde, ningún criterio acerca de su extensión.

Es decir, la Constitución establece el derecho a la vivienda, pero no precisa el nivel de cobertura que se debe dar a cada persona con base en ese derecho. Entonces, ¿El derecho a la vivienda significa que el Estado debe otorgar a cada persona una casa de tres recámaras, con dos plazas de estacionamiento y dos baños?, o por el contrario, ¿el derecho a la vivienda se satisface si el Estado destina cualquier cantidad de su presupuesto al otorgamiento de crédito para la construcción o si se limita a establecer planes de desarrollo urbano en los que una parte del suelo esté destinado a la construcción de viviendas de interés social?

Así, los derechos sociales se concretan, en no pocas ocasiones, en obligaciones estatales, es decir, en tareas a cargo de los poderes públicos que deben ser realizadas de la mejor forma posible, considerando la disponibilidad objetiva de recursos, si bien debemos señalar que en los últimos tiempos ha cobrado mucha fuerza, al amparo de la reivindicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la exigibilidad de los mismos ante los particulares, máxime teniendo en cuenta el tracto de las relaciones sociales actuales, donde cada vez ganan mayor protagonismo los sujetos particulares.

Böeckenförde recuerda que Häberle ha denominado a los derechos sociales como meros "derechos fundamentales parámetro", relativizándolos en la medida en que no configuran posiciones subjetivas concretas, sino que vienen a señalar parámetros de actuación de los poderes públicos. Es verdad que los derechos sociales crean parámetros de actuación de los poderes públicos, pero si son correctamente interpretados también pueden dar lugar a posiciones subjetivas concretas que sus titulares pueden hacer valer tanto frente a los poderes públicos como, en ciertos supuestos, frente a particulares.

Según se puede apreciar, las tres teorías que se han expuesto sintetizan muchos puntos de vista sobre los derechos. Es probable que cada una de ellas contenga elementos de gran utilidad para comprender el sentido que los derechos fundamentales tienen dentro del Estado constitucional contemporáneo. Es indudable que la teoría liberal de los derechos ha hecho aportaciones de la mayor relevancia para la comprensión que actualmente tenemos de estos derechos, pero también es verdad que si aceptamos sin más sus postulados básicos nos podemos dar cuenta de los importantes desarrollos que se han producido en los últimos años (por ejemplo con respecto al sentido y fundamentos de los derechos sociales). Finalmente, la teoría de los derechos en el Estado social nos indica que el Estado no puede ser visto solamente como un enemigo de los derechos, ya que le corresponden una serie de tareas positivas que debe realizar en el campo de los derechos. Por lo tanto, no se trata de teorías que se contrapongan una con otra, si no que todas han aportado elementos interesantes para nuestra comprensión de los derechos.

Para realizar una clasificación de los derechos fundamentales y analizar sus distintos tipos se puede acudir a varias teorías o puntos de vista. Siguiendo los enfoques para el estudio de los derechos que se han expuesto más arriba, podemos decir que la clasificación de los derechos puede hacerse desde cuatro puntos de vista.[39] Desde una perspectiva de dogmática jurídica, los derechos fundamentales pueden clasificarse atendiendo al lugar en el que se ubican dentro del texto constitucional, o bien dependiendo del tipo de protección

[39] *Ibidem*, p. 44.

que se les otorga (por ejemplo, si son protegibles a través del juicio de amparo o si su violación puede o no plantearse directamente ante un órgano jurisdiccional), por mencionar dos posibles criterios a tomar en cuenta.

Desde un punto de vista de teoría de la justicia o de filosofía política, los derechos pueden clasificarse atendiendo al valor o al bien jurídico que protegen. Desde esta perspectiva puede hablarse de derechos de igualdad, derechos de libertad, derechos de participación democrática, etcétera. Este criterio, como es obvio, no choca con el anterior, ya que la misma terminología puede extraerse del derecho positivo, teniendo en cuenta el tipo de relación jurídica que las normas constitucionales establecen entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado por el mismo.

Desde un tercer punto de vista, correspondiente a la Teoría del Derecho, los derechos pueden ser clasificados atendiendo a su estructura, es decir justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan. Finalmente, desde una óptica de Sociología del Derecho o de historia de los derechos, se puede adoptar una clasificación que permita dar cuenta de la evolución de los mismos. Esta es la visión que ha predominado tradicionalmente. A partir de un conocido ensayo de Marshall,[40] se suele hablar de derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales como tres distintos momentos históricos que habría conformado el núcleo actual de nuestros sistemas de derechos. Para algunos autores cada uno de estos tres tipos de derechos supondría una distinta "generación" de los mismos. La distinción entre ellos vendría dada por dos criterios fundamentales: su aparición en el tiempo y su régimen de tutela.

Sobre la idea de la aparición en el tiempo de los derechos, se suele proyectar una visión un tanto simplista según la cual los tipos de derechos se habrían ido acumulando progresivamente y de manera lineal; esa visión, sin embargo, no se corresponde con la realidad. Aunque como ya hemos visto, los derechos tienen un sentido histórico, no se puede sostener como una fórmula general que en muchos países se hayan establecido de forma progresiva primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y finalmente los

[40] T.H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, *cit. ibidem*, pp. 44 y 45.

derechos sociales. Por el contrario, en algunos países, como por ejemplo los socialistas, primero fueron asegurados algunos derechos sociales (educación o salud) y con posterioridad se reconocieron derechos políticos (el derecho de voto para la mujer o para las personas de color).

El segundo criterio sobre el que se basa la clasificación en "generaciones de derechos" parece todavía más peligroso; supone solamente que los derechos de primera generación (las tradicionales libertades públicas) podrían ser garantizados en la medida en que exigirían de las autoridades meras abstenciones, conductas de no hacer; los derechos políticos se encontrarían en una situación intermedia y los derechos sociales serían poco más que puras proclamaciones retóricas, ya que estarían por completo subordinados a la coyuntura económica y a las previsiones presupuestales que los poderes públicos pudieran realizar en cada periodo de tiempo.

Aunque ha sido muy utilizada, creo que la teoría de las "generaciones" de derechos debe ser hoy en día abandonada, pues causa más confusión que otra cosa y además simplifica una serie de acontecimientos históricos que no se corresponden en nada con la visión lineal, uniforme e históricamente pacífica que pretende transmitir la teoría de las generaciones.

Dicha teoría podría ser mantenida solamente con fines pedagógicos, pues tiene la virtud de que pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe ni estaban ya contemplados, tal como hoy en día los conocemos, en las primeras declaraciones de derechos y en los primeros textos constitucionales; así la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho, en general llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.

La idea de las "generaciones" de derechos viene a reforzar, en este sentido, el marcado carácter histórico de los derechos, contribuyendo a debilitar las argumentaciones iusnaturalistas según las cuales los derechos fundamentales forman parte inmutable del

patrimonio genético de la humanidad y, en consecuencia, siempre han estado allí, incluso antes de que los distintos grupos sociales decidieran positivizarlos en instrumentos jurídicos como los tex tos constitucionales .

Al margen de lo anterior, me parece que puede ser más interesante desarrollar una tipología con base en el segundo criterio o punto de vista, el de la teoría general del Derecho, que nos permita comprender desde una aproximación conceptual, qué tipo de relaciones jurídicas pueden establecerse por medio de los derechos fundamentales. Con ello, podremos contar con una herramienta de análisis que nos permita descomponer el contenido de cada artículo de la Constitución para concretizar sus efectos y señalar las conductas que establece a cargo de los particulares y de las autoridades.

Ya en un apartado precedente analizamos el concepto de derecho fundamental y lo hicimos a partir de la idea matriz de "derecho subjetivo". Sin embargo, debemos reconocer que la visión tradicional del derecho subjetivo como una relación entre un sujeto facultado y un sujeto obligado no siempre se corresponde con la riqueza normativa que encontramos en los textos constitucionales; es decir, sostener que el derecho fundamental crea una relación jurídica entre una persona facultada y una persona obligada no nos dice mucho. Es necesario precisar los posibles tipos de relación jurídica que pueden surgir a partir de un derecho fundamental.

Un esquema que puede ser útil para nuestro objetivo es el que propone Hohfeld, que sintetiza muy atinadamente Atienza,[41] haciendo varias modificaciones al planteamiento original. De acuerdo con Hohfeld, la relación jurídica de derecho fundamental tendría una modalidad activa (asignada al titular del derecho fundamental) y una modalidad pasiva (asignada al sujeto obliga do por el derecho fundamental).

Las modalidades activas se podrían expresar a través de los cuatro siguientes conceptos: derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad. Por su parte, las modalidades pasivas se podrían expresar a través de otros cuatro conceptos, que son los siguientes: deber, no-derecho, incompetencia y sujeción. Entre esas ocho figuras pue-

[41] Manuel Atienza, *Una clasificacion de los derechos humanos*, *cit. ibidem*, p. 33


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 364-410

de haber correlación (por ejemplo cuando un derecho de A tiene como consecuencia el establecimiento de un deber de B) u oposición (por ejemplo si decimos que A tiene un derecho frente a B para que realice la conducta X, entonces no podemos sostener que B tiene un no-derecho para llevar a cabo la conducta X).

Cuando decimos que una persona tiene un derecho, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos que se concretan en varias situaciones jurídicas posibles a través de los que se expresa la modalidad activa. Cuando decimos que una persona está obligada por un derecho fundamental, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos que también se concretan en varias situaciones jurídicas posibles a través de los que se expresa la modalidad pasiva. Atienza descompone cada una de las posibilidades en que se manifiestan los conceptos aplicables a la modalidad activa, a los que nos acabamos de referir. Por ejemplo, el derecho subjetivo puede ser de cuatro ti pos: Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, debe actuar de alguna forma) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que realice la conducta X a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone el propio Atienza es el del derecho a la cultura (establecido por el artículo 44.1. de la Constitución Española de 1978). Ese derecho obliga a los poderes públicos a realizar acciones positivas, pero el titular del derecho no tiene por qué exigir o colaborar con ellos en esas acciones.

Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, como en el caso anterior) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A está obligado a realizar algún comportamiento para que B pueda satisfacer el derecho de A mediante la conducta X). Atienza pone de ejemplo en este caso el del derecho a la educación.

En este caso el Estado debe realizar algunas conductas positivas (construir escuelas, contratar profesores, etc.) pero para realizar el

derecho puede exigirle al titular que también desarrolle una conducta (inscribirse en el curso correspondiente, asistir a las clases, pasar los exámenes). Se trata de los llamados "derechos-deber"; aunque pudiera parecerlo, no se trata de que el mismo sujeto tenga de forma simultánea un derecho y un deber respecto de una misma conducta, sino que se trata de dos conductas diferentes, aunque conectadas entre sí.

Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B no haga algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone Atienza en este caso es el derecho de propiedad, en donde la conducta de los obligados consiste, dentro de una de sus facetas, en no invadir la propiedad del titular del derecho; pero ese titular puede permitir que otras personas utilicen su propiedad, prestando con ello el consentimiento para que la obligación omisiva que se desprende del derecho deje de existir.

Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no hacer algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A tiene el deber de exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo en este supuesto es el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos; en este caso el consentimiento del afectado no puede darse, ya que la exigencia de la omisión de torturar es obligatoria para el titular del derecho. Por eso, el concepto de libertad se le puede aplicar los mismos razonamientos, cambiando simplemente los ejemplos. En este caso, sobre el sujeto obligado será aplicable una norma que señale que tiene un no-derecho frente al sujeto titular de la libertad.

Resumiendo podemos decir que una norma de derecho fundamental crea una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Al primero esa norma le puede reconocer un derecho sub-

jetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad, dependiendo de la estructura lingüística de la norma.[42] Por su parte, al segundo esa norma le puede asignar un deber, un no-derecho, una sujeción o una incompetencia. Cada una de estas cuatro posibilidades puede tener con las demás dos tipos de relaciones: de correlación cuando son compatibles (un derecho subjetivo de A se corresponde con un deber jurídico de B; una inmunidad de A se corresponde con una incompetencia de B, etcétera) o de oposición (cuando A tiene la libertad de realizar la conducta X, pe ro a la vez tiene el deber de realizar X).

De lo que se acaba de decir puede desprenderse que cuando hablamos de que una persona tiene un derecho, en realidad nos podemos estar refiriendo a una serie compleja de relaciones jurídicas, que pueden materializarse, por ejemplo, en un derecho subjetivo que a su vez puede descomponerse en una serie también compleja de subtipos. La clasificación anterior, en consecuencia, nos puede servir para explicar la variedad de conductas posibles a que da lugar un derecho y las posiciones jurídicas que asumen el titular y el obligado por el mismo derecho.

Desde luego, en un solo derecho podemos encontrar (y casi siempre encontramos) más de uno de los tipos de relación jurídica que se acaban de exponer; es decir, en un mismo artículo constitucional se pueden crear para el titular del derecho fundamental derechos subjetivos, libertades e inmunidades; del mismo modo, un único precepto constitucional puede establecer deberes, no-derechos, sujeciones e incompetencias.

## Los derechos humanos ante los paradigmas constitucionales contemporáneos. Desafíos y perspectivas

Con relación a los paradigmas constitucionales contemporáneos, los derechos fundamentales enfrentan nuevos desafíos y afrontan novedosas perspectivas, a la vez, en torno a su reconocimiento, garantía y efectividad en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Así, desde la concepción teórica del denominado en la doctrina como Neoconstitucionalismo (posterior a la Segunda Guerra Mundial)

[42] *Ibidem*, p. 50.

pasando por la reciente reivindicación de un nuevo tipo de constitucionalismo dado en América Latina (de finales del siglo XX y principios del XXI), todo ello supone revisitar el contenido y alcance de tales derechos y determinar su vigencia efectivas ante estas corrientes doctrinales.

El primer nuevo paradigma jurídico, el Neoconstitucionalismo, comenzó a identificarse por la doctrina comparada en los nuevos modelos políticos y jurídicos del Estado constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial esbozando contenidos y principios constitucionales que en la actualidad son asumidos por la inmensa mayoría de los países contemporáneos. Carbonell pone como ejemplo de este tipo de Constituciones a los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después.[43]

Este Neoconstitucionalismo, advierte Comanducci, no es simplemente una corriente doctrinal que teoriza y defiende la nueva forma de constitucionalismo que se instala en Europa en la segunda mitad del siglo XX con las constituciones de la segunda posguerra. En su versión más "integral", el Neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo. En esto radica su principal novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial.[44]

Según la descripción del autor, el Neoconstitucionalismo es considerado una variante o desarrollo del constitucionalismo, del que se distinguiría por el debilitamiento o la pérdida de ciertos rasgos característicos. Así, en el Neoconstitucionalismo el fin de la limitación del poder habría pasado a un segundo plano, mientras la garantía de los derechos fundamentales se convierte en el gran y principal objetivo. Ante el constitucionalismo que reconoce amplio espacio a la ley, el Neoconstitucionalismo estaría colaborando, en la teoría y en la práctica, a la construcción y justificación de un tipo de constitución "total", repleta de contenidos materiales, llamada a situarse

[43] Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 9.

[44] María Ángeles Ahumada, "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de "Constitucionalización y Neoconstitucionalismo" de Paolo Comanducci)", p. 1.

en el centro del ordenamiento y destinada a dirigir en todo momento la actuación de los poderes y orientar las políticas públicas.[45]
Con el nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo, la Constitución aparece como criterio hermenéutico para el resto de las normas, es decir, las demás normas se interpretan conforme a la Constitución. Se busca también erradicar la híper-reglamentación que hoy existe, la reducción en la densidad normativa, en aras de un constitucionalismo interpretativo abierto a todos, que la interpretación de la Constitución sea considerada como una forma de participación ciudadana. La dimensión normativa-integradora-cultural como la describe Smend, o bien, Haberle que alude a la dimensión cultural de la Constitución, como elemento para el buen funcionamiento de las instituciones, la constitución no es exclusiva para los juristas, sino también a los ciudadanos que también la interpretan.[46]
Por todo ello, Pérez Luño, considerando que la base de estos derechos es su trascendencia en el Neoconstitucionalismo contemporáneo, asevera que este último no sería lo que es de no ser por los derechos fundamentales. La estrecha relación que guardan ambos es insoslayable, los derechos fundamentales necesitan del Estado contemporáneo para su plena realización, y este debe garantizar los primeros para considerarse un verdadero Estado democrático de derecho. De igual forma, la normativa constitucional económica que representa el soporte material de la actuación de los derechos fundamentales requiere de ellos para delimitarse.[47]
En el Estado actual, los derechos fundamentales representan dos dimensiones, por un lado son el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, lo que legitima al Estado de Derecho pues constituyen los presupuestos de consenso sobre los que se edifica la sociedad democrática; y por el otro representan el estatuto jurídico de los individuos en su relación con el Estado y entre ellos mismos. Más allá de ello, el alcance y significado de los derechos fundamentales en un Estado dependerá del tipo de Estado de que se trate, liberal, social o socialista, y la concepción

[45] *Idem*, p. 2.

[46] Fernando Márquez Rivas, "Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo", s.p.

[47] Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 233.

que se tenga de los derechos fundamentales determinará la significación del poder público.

Así, el sistema político y jurídico se orientará al respeto y promoción de la persona humana en su dimensión individual si se trata de un Estado liberal, o colectiva si se trata de un Estado social o socialista, con prevalencia de la propiedad colectiva en este último. En la convivencia política, los derechos fundamentales gozarán de mayor tutela si existe un mayor Estado de Derecho, a contrario sensu a menor Estado de Derecho, menor tutela de los derechos fundamentales. Lo paradójico es que ahí donde existe un menor Estado de Derecho es donde hace más falta un reconocimiento de los derechos fundamentales.

Para tales reconocimientos hace falta, tal y como afirmó Pérez Luño,[48] un Estado de Derecho con un reconocimiento pleno a los derechos fundamentales, no garantiza su plena protección ante las violaciones que se pueden cometer por parte de grupos económicos, nacionales y multinacionales, e incluso, por grupos terroristas. Esta problemática nace al considerar que los derechos fundamentales también pueden ser violados por terceras personas y no necesariamente por la autoridad pública. De ahí la importancia que significa para los derechos fundamentales este nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo, toda vez que afirma la vigencia de tales derechos en una sociedad contemporánea como consustanciales con la propia existencia humana.

La doctrina tradicional, siguiendo el Neoconstitucionalismo, por su parte y según Aguilera Portales, afirma la naturaleza pre y supraestatal de los derechos fundamentales, considerados como "derechos absolutamente inderogables e intocables".[49] Esta autosuficiencia de los derechos fundamentales ha sido defendida por un corriente *iusfilosófica* amplia y dominante que defiende la primacía constitucional de los principios y valores frente a las reglas. Podemos decir que en la Convención de La Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929, y, más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los

[48] *Idem.*

[49] Rafael Enrique Aguilera Portales, *Teoría Política y jurídica*, p. 99.

prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros.[50] Siendo aplicables sus disposiciones a situaciones de guerra internacional y de guerra interna, de acuerdo con los respectivos protocolos de 1977.

Como afirma Kagi, es una realidad que los derechos fundamentales si bien no garantizados por el instrumento formal constitucional, son mejor defendidos por el *"rule of law"* inglés que por cualquier Constitución.[51] Por ello, considera Aguilera Portales que estamos ante dos modelos de interpretación jurídica totalmente diferentes, por un lado el *Common Law* de origen inglés y, por otro, el modelo continental europeo que busca la protección de los derechos fundamentales mediante el principio de supremacía constitucional. En este tenor, propio autor, subraya que la modernidad política y jurídica ha considerado siempre el concepto de Constitución, ligado en su parte dogmática, a los derechos fundamentales y libertades públicas, de forma que derechos del hombre y del ciudadano se marcaron desde un principio como indisolublemente unidos.[52]

La conquista de los derechos que durante décadas han realizado los hombres y las sociedades, tiene como efecto el reconocimiento de los derechos fundamentales tanto a nivel nacional como internacional. Por eso podemos decir que la lucha y conquista de los hombres para que sea reconocido sus derechos fundamentales resultó en una categoría jurídica que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, parte integrante, necesaria e ineludible de la cultura jurídica de todo Estado constitucional.

Por otra parte, en los Estados democráticos, la legislación es la instancia jurídica que se encarga de introducir cambios en el Derecho, reflejando o guiando el cambio social. En el campo judicial, la interpretación permite un margen para introducir cambios, dentro de lo que permita el sistema. Y la capacidad para actuar como agentes del cambio social de la Administración y el Poder ejecutivo deriva,

---

[50] Nogueira Alcalá, *op. cit*., p. 5.

[51] Werner Kägi, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, p. 215, *cit.* Aguilera Portales, *op. cit*., p. 99.

[52] Ferrajoli, *Derechos y garantías*, p. 147; Gregorio Peces-Barba, *El fundamento de los derechos humanos*; Maurizio Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones,* s.p. ; Aguilera Portales, *op. cit*., p. 96.

en gran medida, de que su función en el Estado contemporáneo se desenvuelve en el terreno de la normación que tiende a agrandarse cada vez más.[53] Los cambios que sufre el modelo aplicativo del Derecho rompen con la concepción del estricto formalismo, creándose espacios relacionados con fines y estrategias de naturaleza social, económica, política, etc., que tienen un gran peso en la realización de los principios reguladores del nuevo Derecho.[54]

A partir de esta misma pretensión de "fijar" el derecho fundamental, codificarlo, y atribuir un contenido cierto y definido a los *standards* conforme a los cuáles medir la "moralidad" y legitimidad de la actuación de los gobernantes yace la tensión irresoluble que es característica del constitucionalismo. En tanto que expresión de derecho fundamental, toda Constitución se pretende permanente, al menos en la misma medida en se consideran permanentes los principios que simplemente "declara" y no crea. En tanto que "derecho", en cambio, los preceptos constitucionales tienen la consideración de normas jurídicas con contenido determinado, aunque necesitadas de interpretación, y como derecho aplicable, expuestas al mismo proceso de transformación que experimentan otras normas por influjo de la cambiante realidad social que pretenden regular.[55]

Si a esto agregamos que en la doctrina alemana de entreguerras ya se había desarrollado, en la obra de Smend, una teoría de la Constitución en la cual una de sus funciones se describía como la de integración espiritual en torno a los valores de los que daban cuenta los derechos fundamentales, resulta a la mano entender el por qué, a muy poco andar de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional Federal alemán afirma la función de los preceptos sobre derechos fundamentales, no en una dimensión normativa tradicional, sino que en una sustancialización ontológica; los enunciados sobre derechos fundamentales dejan de constituir la base para fundar reglas de deber ser y pasan a considerarse un orden objetivo de valores.

---

[53] Atienza, *El sentido del Derecho*, pp. 169 y ss., *cit.* María Isabel Garrido Gómez, *Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales*, p. 31.

[54] T. Picontó Novales, *En las fronteras del Derecho. Estudio de casos y reflexiones generales*, p. 162, *cit. ídem*, p. 31.

[55] Ahumada, *op. cit*., p. 16.

Si bien es cierto que con ello los derechos fundamentales se mantienen en el universo de las categorías deónticas, no lo es menos que, desde la perspectiva de la función que cumplen los textos normativos en el sistema de fuentes, se presencia aquí una revolución copernicana, si es que la figura es aplicable a la cultura jurídica: los textos normativos no serán más considerados como un llamado al juez a disciplinar su proceso argumental en la construcción de reglas, sino que como definiciones de lo valioso, que, una vez asumidas como tales, dejan en libertad de acción al juzgador.[56]

Sin embargo, los derechos fundamentales como valores y el enfoque axiológico del neoconstitucionalismo, podemos decir que el origen inmediato de la evolución que lleva a la consideración de los derechos fundamentales como valores, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, mencionada tantas veces que no amerita mayor explicación aquí.

En conexión con la teoría constitucional desarrollada por Smend en el período de entreguerras, y con la cuestión jurídica a resolver en el caso (una expresión del Código Civil alemán de función jurídica equiparable a la del castellano "buenas costumbres"), la sentencia en este caso califica a la parte de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn como constitutiva de un "orden objetivo de valores".[57] Como segundo hito en este camino puede mencionarse el desarrollo doctrinal que se intenta a partir de una lectura de la Ley Fundamental de Bonn y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, realizada por Robert Alexy.

El propio Alexy sostiene que los preceptos sobre derechos fundamentales constituyen principios, y éstos, a su vez, son la expresión, en términos de deber ser, de los valores, ubicados en el plano del ser. Desde un punto de vista normativo, los principios se caracterizarían por ser mandatos de optimización. A partir de la difusión de la obra de Alexy en italiano y en castellano, junto con el prestigio alcanzado por el Tribunal Constitucional Federal alemán y su jurisprudencia, la calificación de los derechos funda-

[56] Eduardo Aldunate Lizana, *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*, pp. 81 y 82.

[57] *Idem*, p. 9.

mentales como valores o principios se hace patrimonio común del componente teórico del neoconstitucionalismo.[58]

La afirmación de que los derechos fundamentales constituyen valores, o un orden de valores, así como la más amplia afirmación de que ciertos principios constitucionales se insertan dentro de un sistema axiológico, (re)introduce una reflexión iusteorética sobre la relación entre el derecho y la moral que se identifica como un rasgo propio del neoconstitucionalismo.[59] Para Habermas, los derechos sólo son gozados ejercitándose. La autodeterminación individual se constituye en el ejercicio de los derivados de normas legítimamente elaboradas, de lo que se desprende que "la igual distribución no se desligue de esa autonomía pública ejercitable con exclusividad por los ciudadanos en común, participando en la práctica de la producción legislativa".[60] Especialmente en la esfera de los derechos, han de fijarse los criterios de la discusión: la capacidad de elección, la satisfacción de necesidades básicas y el igual poder de los sujetos morales en la determinación de lo correcto.[61]

A nuestro juicio el mayor desafío en la actualidad recae en como reconocer y garantizar los derechos fundamentales tanto nacionales como internacionales que pudiera ser en sus Cartas Constitutivas o mediante protocolos adicionales a este para que tenga mayor aplicación y un control de carácter constitutivo. También para le eficacia de tales derechos fundamentales el control ciudadano mediante las denuncias y que tenga un tribunal especializada para hacer valer las denuncias, para eso en las comunidades debe facilitar las informaciones gratuitamente a sus ciudadanos.

Otro paradigma contemporáneo lo constituye, sin lugar a dudas, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, asumido y postulado por parte considerable de la doctrina contemporánea, tanto de nuestra área geográfica como de otras, entre ellos desta-

---

[58] Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 86.

[59] Lizana, *op. cit*., p. 92.

[60] J. Habermas, *Facticidad y validez. sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso,* pp. 498, 502 y 503, cit. Garrido Gómez, *op. cit*., p. 34.

[61] Rodrigo De Asís Roig, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, p. 73.

cando a los españoles Viciano Pastor y Martínez Dalmau,[62] quienes perciben ambas corrientes o paradigmas como complementarios en sus principales postulados, así como Ávila Santamaría,[63] quien lo identifica como Neoconstitucionalismo transformador. Como ejemplos que encarnan este nuevo tipo de constitucionalismo podemos afirmar que se encuentran los textos constitucionales de Colombia (1991), Ecuador (1998), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) y Dominicana (2010).

Así, los propios autores identifican que, con respecto al Neoconstitucionalismo, "el nuevo constitucionalismo mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico", así como "la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado constitucional".[64] A propósito de las novedades apreciadas en este nuevo tipo de constitucionalismo aseguran, con relación al origen constitucional, a los procesos constituyentes democráticos que ofrece el elemento legitimidad, así como otros elementos, de carácter formal, como son el contenido innovador de los textos constitucionales (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad) y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).

También destacan como elementos materiales comunes que caracterizan este paradigma, como son la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda, como afirman los autores citados) relación entre soberanía y gobierno, asumiéndose el compromiso de promover la participación ciudadana a través de fórmulas directas, estableciéndose mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido. También la abierta e inequívoca declaración del carácter jurídicos de los textos constitucionales, más allá de meras declaraciones nominales, habilitándose mecanismos

[62] Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "¿Puede hablarse de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?", pp. 1 y ss.

[63] Ramiro Ávila Santamaría, "En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos", pp. 1 y ss.

[64] *Idem*, p. 2.

de control constitucional mucho más efectivos, con el propósito de visibilizar los atentados a las Constituciones y reparar tales daños en vistas de brindar toda la certeza o seguridad jurídicas necesarias, tanto para el Estado como para los ciudadanos.

Y por último, el que nos interesa a los propósitos de la presente investigación, lo relacionado con los derechos fundamentales, postulándose profusas catálogos de derechos en las nuevas Constituciones y que, a diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización de los mismo, es posible advertir en los nuevos textos la identificación de los grupos vulnerables y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos.

Además, continúan asegurando, la recepción de los convenios internacionales de derechos humanos, la búsqueda de criterios de interpretación más favorables para las personas, o las acciones indirectas de amparo, acompañan a tales catálogos, otorgando a los derechos económicos, sociales y culturales (de prestación, según su contenido) una mayor efectividad, así como el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios o indígenas como se les conoce en Latinoamérica; entre otras innovaciones interesantes de este paradigma.

Por su parte, Ávila Santamaría,[65] con especial énfasis en la Constitución ecuatoriana del 2008, significó el establecimiento en su texto de la posibilidad de que particulares, por cuestiones de abuso de poder, de discriminación o por situaciones de sumisión, puedan ser controlados constitucionalmente a través de una acción de protección, avanzando en la teoría clásica de los derechos fundamentales, por la que se concebía que sólo el Estado podía violar derechos. Así advirtió que la "realidad nos demuestra que los particulares pueden violar derechos humanos y en los ámbitos que los liberales consideraban inviolables, tales como la esfera doméstica, el abuso contractual de las empresas, el poder de las multinacionales para explotar laboralmente y contaminar, la mala práctica médica.

La teoría contemporánea de los derechos humanos considera que cualquier poder, público o privado, debe ser limitado por los dere-

[65] Ávila Santamaría, *op. cit*., pp. 14 y ss.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 364-410

chos constitucionales",[66] complementando la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, anteriormente referida y que constituye otro carácter generalizado en este nuevo paradigma. Entre los ejemplos que cita se encuentran los abusos en que pueden incurrir los hospitales privados cuando se permiten limitar la libertad al encerrar a un paciente que no puede pagar, en la externaliza ión de los costos de producción de empresas que por producir barato explotan y contaminan (y los costos los paga el Estado con fondos públicos), en el maltrato infantil y en la violencia contra la mujer, en la discriminación en los arriendos o en el acceso a trabajos por cuestiones de origen nacional o color de piel.

De este modo, se consolidan ambos paradigmas, el segundo de ellos de reciente impacto en Latinoamérica, conduciendo a reinterpretaciones en cuando al tratamiento que se les brinda a los derechos fundamentales, dimensionándolos a partir de las insuficiencias históricas que los han diezmado o disminuidos en cuanto al alcance de su ejercicio o efectividad, no sólo ya desde el punto de vista jurídico sino material, privilegiándose el tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales, lastrados ya por su relativización como derechos fundamentales. Se vinculan además al reconocimiento y goce de esos derechos tanto a los poderes públicos como a los entes particulares o privados, reconociéndose una suerte de efecto de irradiación de los derechos fundamentales, los que deben impregnar todo el ordenamiento jurídico,  lo que por supuesto incluye las relaciones entre particulares.

[66] *Idem*, p. 15.

**Reflexiones finales**:

Los derechos fundamentales (o humanos) se afirman como productos históricos que condensan conquistas pasadas, demandas presentes y proyectos futuros. De esta forma los mismos evolucionan como paradigma y como progreso constante en el sentido de asegurar la plena dignidad de todos los seres humanos y la necesidad de imponer los límites y controles a los actos practicados por el Estado y sus autoridades, es decir, al poder gobernante. Esa evolución fue animada profundamente por las luchas reivindicatorias en defensa de nuevas libertades y derechos contra los viejos poderes hegemónicos del Estado, acompañando los procesos históricos, las luchas sociales y los contrastes de regímenes políticos, así como los progresos científicos, técnicos y económicos.

Podremos entender a los derechos fundamentales (o humanos) como el conjunto de valores, principios, instituciones, facultades y/o prerrogativas reconocidas a todos los seres humanos que, en cada momento histórico, han sido reivindicados como consagratorios de la dignidad humana, a partir de los principios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad, entre otros, y que en la actualidad gozan de un consenso en la comunidad internacional de naciones, así como que deben estar positivados en los ordenamientos jurídicos vigentes con el propósito de dotarlos de las necesarias efectividad y aplicabilidad jurídica y material. En cuanto a sus contenidos esenciales podremos clasificarlos como: derechos de defensa o derechos de libertades; derechos de prestación; y derechos de participación.

El mayor desafío en la actualidad, evidenciado profundamente por el Neoconstitucionalismo y acentuado en los tiempos por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, recae en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales (o humanos) tanto nacional como internacionalmente. Superando ello, la eficacia de tales derechos fundamentales (o humanos) pasará de ser una quimera imposible a un efectivo goce y ejercicio, sumado al control necesario y la disposición de medios múltiples de defensa jurídica.


ISSN 1809-8487 • v. 15 / 2016 / p. 364-410

**Bibliografía**:

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, Teoría Política y jurídica, Problemas actuales, Editorial Porrúa, México, 2008.

AHUMADA, María Ángeles, "Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo", disponible on-line: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf (consultado: 10 de abril de 2013).

ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Editorial UNAM, México, 2003.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo" en, Revista de Derecho, Volumen l, XXIII, Número 1, 2010.

ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Editorial

CEPC, Madrid, 1993.

AÑON, María José, "Derechos fundamentales y Estado constitucional", disponible on-line: hptt://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-2010-3.Cc-40.-Anon.pdf (consultado: 15 de abril de 2013).

ASENSI SABATER, José, Constitucionalismo y Derecho Constitucional, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1995

ASÍS ROIG, R., Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, España, 2001.

BOBBIO, Norberto, A, Era dos Direitos, (Trad. de Carlos Nelson Coutinho), Campus, Rio de Janeiro, Brasil, 1992.

CAÑIZARES ABELEDO, Fernando Diego, Teoría del Derecho, 1era reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1979.

CAÑIZARES ABELEDO, Fernando Diego, Teoría del Estado, Universidad de La Habana, La Habana, [s.f.].

CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en México, UNAM, México, 2004.

CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, España, 2009.

COMPETA AMARAL, Renata, Direito Internacional Publico e privado, verbo jurídico, Porto Alegre, Brasil, 2012.

CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, El sistema de garantías de los Derechos Humanos en Cuba, Tesis de Doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, Cuba, 1999.

DA CUNHA JUNIOR, Derley, Curso de derecho constitucional, 5ª edición, Revista ampliada e actualizada, Jus POIVM, Bahía, Brasil, 2011.

DE MOURA AGRA, Walber, Direito Constitucional, 6ª edición, Revisada E Actualizada, Forense, Rio de Janeiro, 2010.

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso, La globalización ilustrada: Ciudadanía derechos humanos y constitucionalismo, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2003.

DERRIDA, Jacques, Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.

DE OTTO, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, 2ª edición, 1ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1989.

FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los Derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, España, 2005.

FERRANDO BADÍA, Juan, Estudios de Ciencia Política y Teoría Cons-

titucional, 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1988.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, Los Derechos Humanos y su Protección Jurídica y Procesal en Latinoamérica, UNAM, Mexico, 2001.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, Constitución y derechos fundamentales, PPU, Barcelona, 1992.

GARCÍA ALONSO, Ricardo, "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", en Cuadernos de Derecho Público, No. 13, mayo-agosto, 2001.

GARCÍA COTARELO, Ramón y Andrés DE BLAS HERRERO, Teoría del Estado y Sistemas Políticos, Tomos I y II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1986.

GÓMEZ GARRIDO, María Isabel, "Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales", en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 11, 2007/2008, disponible on-line: http://bajio.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/numero_10/maestros_Losderechosfundamentales.html (consultado: 28 de junio de 2013).

GÓMEZ ISA, Felipe y José Manuel PUREZA, La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI, Universidad de Deusto Bilbao España 2004

GUERRERO MAYORGA, Orlando, "El derecho comunitario: Concepto, naturaleza y características", en Anuario del Derecho Constitucional Latinoamericano, Nicaragua, 2005.

HUMMER, Waldemar, "La elaboración de una Carta de los derechos fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea", Anuario Constitucional Latinoamericano, Año XV, Montevideo, Uruguay, 2009.

KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho, (Trad. de la 2ª edición en alemán Roberto J. Bernenco), UNAM, México, 1982.

LA MADRID ALIAGA, Jesús Raúl, Derecho Constitucional General, disponible on-line: http://es.scribd.com/doc/136908139/Derecho-Co

LANDA, César, "Teoría de los Derechos Fundamentales nstitucional-General (consultado: 13 de marzo de 2013).", disponible on-line: http://www.capje.org.pe/guia/teo.htm (consultado: 28 de noviembre de 2012).

MÁRQUEZ RIVAS, Fernando, "Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo" en revista electrónica, disponible on-line http://bajio.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/numero_10/maestros_losderechosfundamentales.htmL (consultado: 15 de abril de 2013).

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., Curso de Direito constitucional, Sao Paulo, 1991.

MOLINA, Ignacio, Conceptos fundamentales de Ciencia Política, 1ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

MONCAYO VINUESA GUTIÑEREZ POSSE. Derecho Internacional Público, Zavalía S.A., Buenos Aires-Argentina, 1990.

MORAIS, Alexandre, Direito Constitucional, 27ª. ed., Sao Paulo, 2011.

NEGRO, Dante M. "El sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aspectos jurídicos y políticos", abril, 2012, disponible on-line http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/arquivos/sidh/sistema_interamericano.pdf (consultado: 15 de abril de 2013).

NORIEGA ALCALÁ, Humberto, Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

NORIEGA CANTÚ, Alonso, Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

NOVELINO, Marcelo, Direito Constitucional, 5ª ed., Método, Brasil 2011.

PAULO, Vicente y Marcelo ALEXANDRINO, Direito Constitucional descompilado, 7ª ed., Método, Brasil, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los derechos fundamentales, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.

PÉREZ ROYO, Javier, Las Fuentes del Derecho, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1986.

PEREZ ROYO, Javier, Curso de Derecho Constitucional, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.

PINHO REBELLO, Rodrigo César, Teoria Geral da Constituiçao e Direitos Fundamentais, 11ª ed., V. 17, Saraiva,, Brasil, 2011.

PUPE BRAGA, Marcelo, Direito Internacional Publico e Privado, Metodo, Brasil, 2010.

ROLLA, Giancarlo, Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional, UNAM, México, 2002.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 48, Madrid 1996.

SANTANA LESCAILLE, Freider, América latina y el Caribe ante los desafíos de la integración regional: Perspectivas jurídicas de ordenación, Tesis en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Habana, 2010 (inédito).

SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, 1ª ed., 3ª reimp., Alianza Editorial, Madrid, 2001.

SERRANO, G. Enrique, Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt, México, 2007, disponible on-line: http://ISEGORIA.REVISTA.CSIC.ES (consultado: 15 de abril de 2013).

TÜNNERMANN, Carlos, Los Derechos Humanos: evolución histó-

rica y reto educativo, 2da. ed., Unidad Regional de Ciencias Sociales y Humanas para América Latina y el Caribe – Oficina UNESCO, Caracas, 1997.

VAN NIEKERK LOLETTE Kritzinger, Regional integration, concepts, advantages, disadvantages and lessons of experience", Ed. SN 2010.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, "¿Puede hablarse de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?", disponible on-line: http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/sources/Issue%2089.7/Landa/fn005.Landa.Viciano.Sistematizada.pdf (consultado: 20 de mayo de 2013).

# EL CONTROL AMBIENTAL, UN SERVICIO PÚBLICO PARA EL DESARROLLO LOCAL COMO POLÍTICA ESTATAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE.

Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Profesor auxiliar
Carrera de Derecho
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Universidad de Granma
Cuba
Email: aantunez@udg.co.cu, alcides.grm@infomed.sld.cu

Joao Domingos Víctor
Doctorante angolano en Ciencias de la Pedagogía
Centro de Estudios en Ciencias Pedagógicas
Universidad de Oriente
República de Cuba
Email: victorcuba2011@hotmail.com, jdvictor@cees.uo.edu.cu

SUMARIO:

Introducción.
1.- El control ambiental en Cuba.
2.- Los servicios públicos.
3. Conclusiones.
4.- Bibliografía.

**RESUMEN:**

El control ambiental, parte de las normativas en materia medioambiental desde 1959, pasó por un periodo de institucionalización se reorganiza la Administración Pública, trazando políticas y estrategias en pos de preservar los recursos naturales con la Ley 81, atribuidas al Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente.

La auditoría, inicia con la Oficina Nacional de Auditoria en el Ministerio de Finanzas y Precios, pasando al Ministerio de Auditoría y Control, y finalmente a la Contraloría General de la República, con la Ley No. 107. El derecho administrativo, eje trasversal de la actividad pública estatal, irradia para la consecución de las funciones públicas ejercitada por la Administración a sus administrados, relacionado con el control ambiental, como política del nuevo modelo económico.

Nos apoyamos para la ejecución del artículo utilizamos los métodos científicos como el histórico lógico, el exegético-jurídico, el análisis y revisión de documentos científicos sociales y jurídicos.

**Palabras claves:** servicios, auditoría ambiental.

**ABSTRAC:** The environmental control in Cuba, part of the approval of the ground ruleses once the environmental matter was related to, as from the triumph of the social project in the year 1959, next I suffer through the period of institutionalization where the State reorganizes and with it the Public Administration, politicians and strategies in pursuit of the preservation of the natural resources draw themselves, we expressed in juridical ground ruleses, the case to mention the Ley No. 33 is such of, the one that was substituted at a later time by the Ley No. 81 of, conceding attributions to Ciencias's, Tecnología's Ministry and Medio Acclimatize in this matter.
At a later time with the implementation of the activity of the auditing at the country, the one that started like National Oficina of Auditoria within Finanzas's and Precios's Ministry, next proceeded to being Auditoría's Ministry and Control, like Organismo of the state Central Government, and the fact that finally you became the

present-day General Comptrollership of the Republic, exercising in accordance with the Ley No. 107, the highest state control at the country, and with it the environmental control through the auditing like an one belonging to the tools of environmental step.
The administrative right like transverse axle of the state-owned public activity, it emits radiation for the attainment of the Civil Services to exercise for part of the Administration toward his person under administrations, in this case pertaining to the environmental control in pursuit of the sustainable development, taxpayer to the local development in mail, with the policy drawn in the new cost-reducing model of the country through the Guidelines embraced in the 6to Congress of the Communist Game of Cuba, ratified in agreement for part of the National Assembly House of the Popular Power. The historic logician, the exegetic leant for the execution of the article in the scientific backup methods to investigation juridical, analysis and revision of scientific documents so much social like juridical.

**Key words:** services, environmental auditing.

**Introducción:**

Con la aprobación de la Constitución en 1976, institucional y jurídicamente se asume la tutela en materia de protección de la naturaleza y de sus recursos naturales tanto por el Estado en Cuba, como por los ciudadanos con un sentido socializador en consonancia con la Cumbre de Río de Janeiro en 1992[1]

En correspondencia a este mandato internacional de la que el país es parte, la organización de la Administración Central del Estado en la Ley No. 1323 de 1976 le atribuye al Comité Estatal de Ciencia y Técnica el establecimiento, dirección y control del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales, creándose para esto la Comisión Nacional para la Protec-

[1] Consultar el texto relacionado con los documentos aprobados en la CUMBRE DE RIO DE JANEIRO, Brasil en el año 1992. Y los que posteriormente fueron discutidos y aprobados veinte años después en la propia sede por parte de los Estadistas que concurrieron a este conclave internacional, denominado Rio+20.

ción del Medio Ambiente y el uso de los Recursos Naturales. [2]

En 1980, mediante el Decreto Ley No. 31 las funciones del Comité Estatal de Ciencias y Técnica se delegan a la Academia de Ciencias, adscribiéndosele a ella la Comisión Nacional de Protección del Medio Ambiente y Conservación de los Recursos Naturales, bases que coadyuvaron a la aprobación de la Ley No. 33, hecho jurídico que permitió que Cuba por vez primera regulara en una ley esta materia como estado parte de los Tratados internacional parte de lo que hoy se denomina Derecho Ambiental Internacional. [3]

A inicios de la década de los 90 del siglo pasado, se reorganizan los Organismos de la Administración Central del Estado (en lo adelante OACEs), cesando la Comisión Nacional de Protección al Medio Ambiente creada, y estas atribuciones le son delegadas al Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (en lo adelante CITMA), quien dirige, ejecuta y controla la política del Estado y el Gobierno en esta esfera. Se deroga la Ley No. 33 por la Ley No. 81, quedando delimitadas en ella las facultades de los OACEs, de los Órganos Locales del Poder Popular, de la Fiscalia General de la Republica (en lo adelante FGR), del Ministerio de la Agricultura (en lo adelante MINAGRI) y del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente; unidas a legislaciones sustantivas que se han ido instrumentando en política tributaria, agraria, inversión extranjera, salud, protección e higiene, derecho administrativo sancionador, de energía y minas, hacen que hoy contemos con una adecuada normativa jurídica medioambiental en pos del desarrollo sustentable, que a juicio de los autores no están excluyentes de una actualización que permita estar en mejores condiciones de dar un tratamiento a un nivel superior a los problemas ambientales que nos acontecen, en correspondencia con los resultados científicos, de los que las ciencias sociales no están ajenas, como se puntualiza en los Lineamientos del VI Congreso de Partido Co-

[2] Ver informe que recoge la memoria del trabajo realizado por la COMARNA en torno al medio ambiente y los problemas ambientales de nuestro país dentro del período en que la misma ejercitó estas funciones a cargo del Estado Cubano. CITMA.

[3] Ibídem no. 2.

munista de Cuba. [4] Los autores de este trabajo pretenden contextualizar las acciones que se realizan en materia de control a los recursos naturales y su pertinencia en pos del desarrollo local, en cumplimiento a la letra de la carta magna del país, para el desarrollo sustentable, traducido como una calidad de vida adecuada.

## 1 - El control ambiental en Cuba.

El control ambiental en Cuba aparece recogido en la *Ley No. 81* de 1995, relacionada con las herramientas de gestión ambiental, y en particular con el ejercicio de la inspección estatal al medioambiente, regulado y ejercitado por el CITMA. La que ejecuta en los tres niveles en relación con lo regulado administrativamente para este

---

[4] LINEAMIENTOS DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA, aprobados en el 6to Congreso, realizado en La Habana en el año 2012. Cuba. Relacionados con la política ambiental:
133. Sostener y desarrollar investigaciones integrales para proteger, conservar y rehabilitar el medio ambiente y adecuar la política ambiental a las nuevas proyecciones del entorno económico y social. Priorizar estudios encaminados al enfrentamiento al cambio climático y, en general, a la sostenibilidad del desarrollo del país. Enfatizar la conservación y uso racional de recursos naturales como los suelos, el agua, las playas, la atmósfera, los bosques y la biodiversidad, así como el fomento de la educación ambiental
1. El sistema de planificación socialista continuará siendo la vía principal para la dirección de la economía nacional, y debe transformarse en sus aspectos metodológicos, organizativos y de control. La planificación tendrá en cuenta el mercado, influyendo sobre el mismo y considerando sus características.
13. Se definirán claramente las facultades y los instrumentos financieros a utilizar por las empresas para dirigir la producción de bienes y servicios. Se hará más flexible su objeto social para que éstas puedan desplegar al máximo sus potencialidades, según lo normado.
15. El Perfeccionamiento Empresarial se integrará a las políticas del Modelo Económico a fin de lograr empresas más eficientes y competitivas.
60. El sistema tributario debe avanzar gradualmente en amplitud para elevar su eficacia como elemento redistribuidor del ingreso, a la vez que contribuya a la aplicación de políticas encaminadas al perfeccionamiento del modelo de gestión económica.
61. Mantener la aplicación de estímulos fiscales que promuevan producciones nacionales en sectores claves de la economía, especialmente a los fondos exportables y a los que sustituyen importaciones, así como al desarrollo local y la protección del medio ambiente.
76. Incrementar y consolidar los ingresos por concepto de exportaciones de bienes y servicios, para lo cual se deberá dar solución a todas aquellas situaciones de orden interno que hoy constituyen obstáculos a la exportación; crear una real vocación exportadora a todos los niveles y fundamentar con estudios de mercado, objetivos y actualizados, las decisiones más importantes y estratégicas.
135. Definir una política tecnológica que contribuya a reorientar el desarrollo industrial, y que comprenda el control de las tecnologías existentes en el país; a fin de promover su modernización sistemática atendiendo a la eficiencia energética, eficacia productiva e impacto ambiental, y que contribuya a elevar la soberanía tecnológica en ramas estratégicas. ……..

tipo de acción ambiental relacionada con el control de los recursos ambientales, para preservar el bien jurídico ambiental. [5]

Como organismo rector de la política medioambiental que por mandato estatal se colige; hoy consideran los autores la existencia de una dualidad al control medioambiental; ante el mandato que la Ley No. 107, le concede ahora a la Contraloría General de la República, para ejercitar acciones para proteger al medioambiente al más alto nivel, con adecuadas normativas jurídicas en pos de alcanzar un derecho al desarrollo sustentable, de la sociedad presente y futura, con el auxilio de especialistas del CITMA y de otras áreas del saber que así se considere pertinentes cuando se ejercite este tipo de control, el que se ejecutará a través de la auditoría ambiental.[6]

Lo que le han permitido a los autores considerar los criterios vertidos sobre el tema de la profesora e investigadora Traba Armada y la contralora Aguilera Mesa, quienes desde sus estudios científicos y prácticos han formulado presupuestos teóricos para su concreción en el país desde la arista contable-administrativa en relación con la tutela de la auditoría ambiental, como nuevo mecanismo del control ambiental por parte de los servicios de la Administración Pública que en el país se ejecutan. [7]

Que de una manera u otra coadyuvan a la recuperación económica, tributando a una base sólida en pos de avanzar en el establecimiento e implementación de la Estrategia Ambiental Nacional delimitando la problemática ambiental del país, presupuestos que conducirán

---

[5] Ley No. 81, LEY DEL MEDIO AMBIENTE. República de Cuba. Disponible en el sitio web del Ministerio de Justicia de la República de Cuba. www.gacetaoficial.cu.

[6] Consultar la Ley No. 107 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CUBA. www.gacetaoficial.cu, en el sitio del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

[7] ARMADA TRABAS, Dr.C. Elvira. Tesis en Opción al grado científico de Doctor en Ciencias Económicas. Metodología para desarrollar Auditorías de Gestión en Cuba. La Habana. Profesora titular UH. INTERAUDIT s.a. Cuba. 1997.
MESA. MSc. Ivvone. Tesis en opción al grado científico de Master en Contabilidad y Auditoría. Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental. Directiva de la Contraloría General de la República de Cuba. Revista MAC, No. 12 de 2004. La Habana. Cuba.

a un estadio superior en la protección del medioambiente y el uso racional de los recursos naturales, teniendo en cuenta los limitados recursos financieros y materiales dispuestos por el Estado, que imponen como alternativa más viable su materialización gradual, siguiendo prioridades en estrecha vinculación con los problemas de desarrollo socioeconómico a nivel local, con una nueva mirada a través de la nueva normativa tributaria, la que contribuirá a la creación de fondos dinerarios para mitigar esta actual situación.[8]

Cuba irradia como exponente de una política ambiental adecuada a tono con los nuevos paradigmas, de lo que concurre en el área jurídica medioambiental en Latinoamérica y Europa. Cumple con sus deberes estipulados en los convenios de protección en que participa y es parte, creando políticas ambientales de protección ambiental dirigidas a garantizar el bienestar del hombre y de la comunidad en general, para el logro de una mejor gestión que facilite el desarrollo económico social sostenible, en atención a las limitaciones económicas como país bloqueado y ser tributaria las acciones protectoras al medioambiente de recursos financieros suficientes. Pero es menester significar que nuestra ley marco en materia ambiental esta necesita de una actualización, pues la misma a criterio de los autores está desfasada con lo que concurre en materia ambiental en el área de Latinoamérica y en otros bloques geográficos contrastados.

Contextualizado en los principios de la política ambiental cubana, que son: El derecho a un medio ambiente sano es un derecho fundamental de todos los ciudadanos; la protección del medio ambiente es un deber ciudadano, la gestión ambiental es integral y transectorial y en ella participan de modo coordinado, los órganos y organismos estatales, otras entidades e instituciones, la sociedad y los ciudadanos en general, de acuerdo con sus respectivas competencias y capacidades. [9]

[8] ESTRATEGIA AMBIENTAL NACIONAL. año 2010. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. La Habana. Cuba. Pág. Web CITMA. www.medioambiente.co.cu.

[9] Ibídem No. 5.

### 1.1 - Las herramientas de gestión ambiental, el control medioambiental a través de la auditoría y la inspección estatal:

Su antecedente, inicio y punto de partida están basados en los procesos tecnificados de la producción, acarreando la problemática ambiental de hoy. Las imágenes de cientos de chimeneas arrojando humo representaron por mucho tiempo el símbolo del progreso y la consolidación del poder económico (Desde 1789, han sido muchos años de indiferencia ecológica y violencia ecológica). Hoy a criterio de los autores ya no existe esta percepción, el mundo y con ello sus estadistas se han dado cuenta que la protección al ambiente es una cuestión prioritaria a resolver y consolidar, que tendrá que funcionar con un nuevo pensamiento en las soluciones que se aborden por parte del Derecho Ambiental, hasta hoy no resueltas.[10]

La auditoria ha sido una función en evolución en todos los sectores de sociedades desarrolladas. Con limitaciones, impuestas por el influjo del entorno cultural, institucional y regulador en cada país, se pueden deducir principios generales a fin de formar una base para el desarrollo de una teoría de aplicación general.

Es una acción de control que se ha ocupado durante siglos del registro contable honrado y preciso de dinero y propiedades en asuntos estatales, en los servicios de organismos gubernamentales centrales, locales y misceláneos, en los asuntos de negocios de comerciantes, terratenientes, empresarios de riesgo, manufactureros y personas dedicadas a toda forma de empresa comercial e industrial, y en transacciones de otras instituciones y organizaciones grandes y pequeñas. Su objeto, es el cumplimiento de deberes por las personas responsables de la tutela y rendición de cuentas con respecto a la custodia de dinero y otros recursos, a la administración de haciendas, establecimientos de comercio y manufacturas, al suministro de servicios y a otras actividades. Para lograr que sea

[10] Véase los sucesos acaecidos sobre la REVOLUCIÓN INDUSTRIAL EN INGLATERRA y su incidencia desde esa época en la agresión al medioambiente, con mayor énfasis en los adelantos científico técnicos generados por el hombre, que a partir de este suceso histórico intensificaron más los adversos ambientales. Disponible en sitio digital Wikipedia. Enciclopedia libre. Consultada el 20 de junio del 2010.

hecho con la competencia y autoridad necesarias para cumplir su objeto social, tanto el proceso de la auditoría como el acceso a la información deben ser por lo menos iguales a los de aquéllos que son auditados. Aunque se consiguen otros beneficios de la auditoría, el principal es el informe y la opinión de los auditores como resultado de la investigación.

Instrumentada en la serie de normas técnicas ISO 14000, definiendo al medioambiente, son normas técnicas del sistema de gestión ambiental, como estructura organizativa, actividades de planificación, responsabilidades, prácticas, procedimientos, procesos y recursos para desarrollar, implementar, realizar, revisar y mantener la política ambiental, diagnosticando la problemática ambiental con un carácter multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario, estableciendo el nivel de responsabilidades, apoyada en la legislación y políticas vigentes, partiendo de un proceso de toma de decisiones y de participación ciudadana, relacionado con el impacto ambiental, produciendo una determinada acción sobre el medioambiente; vinculada a la auditoría ambiental, como proceso de verificación sistemático y documentado, para obtener y evaluar objetivamente la evidencia de las actividades, incidentes, condiciones y sistemas de gestión ambiental especificados o la información que sobre estos temas cumplen con los criterios del control, realizado por el CITMA ejercitando la inspección estatal, a tenor de la Ley No. 81 y normas administrativas. [11]

Le corresponderá ahora a la Contraloría General de la República, ejercitar la más alta tutela al control medioambiental, a través de programas de auditoría que se implementen, como un servicio público de la Administración Estatal, como parte del reconocimiento que tiene el medioambiente desde el derecho constitucional, con la insuficiencia de cómo proceder por parte de los ciudadanos a que se les reconozca este derecho y las vías para defenderlo. Pues consideramos que no se ha desligado de la función administrativa que antes se ejercitaba cuando era el Ministerio de Auditoría y Control.

[11] Ibídem No. 5

Qué unido a esto tiene correspondencia con la ejecución de la Evaluación del Impacto Ambiental, relacionado con las implicancias de este órgano de control, con las tecnologías utilizadas por el empresariado cubano hoy no limpias, ya sea por la obsolescencia industrial y heterogeneidad que hoy impera, el cómo evitar o prevenir estos impactos, tributarios a un adecuado equilibrio ecológico como situación esperada. El CITMA, por otra parte ejecuta el control al medio ambiente a través de la Inspección Estatal, amparada en lo que se dispone en la Ley No. 81, y en las normas sustantivas que la contextualizan en el orden administrativo, utilizando para ello las normas técnicas ISO en el control al medioambiente como lo hace la CGR, es ejercitada por sus tres niveles en todo el territorio nacional, en atención al programa diseñado por los especialistas del área, en correspondencia con los principales problemas medioambientales que tengan mayor preponderancia. La que podrá estar vinculada con la aplicación de otras herramientas de gestión ambiental en el momento que se aplique la misma, en atención a un plan o programa de inspección ambiental estatal trazado como política.[12]

Que por demás puede estar realizada por equipos multidisciplinarios de otros OACEs, es el caso de la inspección forestal ejercitada por el Ministerio de la Agricultura y la inspección sanitaria ejercitada por el Ministerio de Salud Pública, o la inspección sobre seguridad y salud laboral ejercitada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, entre algunos de los organismos vinculados a la actividad de la inspección estatal. Y que en determinado momento participan en esta acción de control medioambiental con el CITMA.

Ambas acciones consideran los autores, tanto la de la inspección como las de la auditoría tienen una respuesta a la indisciplina social cometida, con la exigencia de la responsabilidad ambiental, aplicada en sus tres aristas: la civil, la penal y la administrativa; esta última la mayormente utilizada por los controladores en el ejercicio como función pública estatal. [13]

[12] Ibídem No. 5

[13] Ibídem No. 5

**1.2 - Tendencias actuales relacionadas con la tutela en relación a la protección del medioambiente y al control ambiental en materia de derecho comparado:**

La rápida evolución no sólo de la problemática medioambiental y de los conceptos sobre los que asientan las políticas ambientales, sino también de los problemas que ha sido necesario enfrentar por el hombre como ser social, han acabado por convertir en naturales los procesos de transformación institucional que han venido a tener lugar en los últimos años y que podrán ocurrir en el futuro. Estas transformaciones no se refieren sólo a las estructuras orgánicas de las instituciones de la Administración sino también a todos los mecanismos de articulación entre el Estado y la sociedad civil.

La auditoría medioambiental, por qué y para qué; en relación con los problemas de definición, ¿Por qué?, varios temas ambientales han dado origen a servicios profesionales, denominados auditorías medioambientales, como ejemplos tenemos: la Evaluación y contaminación del lugar, la Evaluación del impacto ambiental de las inversiones planeadas, las Auditorías perentorias debido al medio ambiente (auditorías antes de la compra), los Informes de la auditoría del desempeño ambiental corporativo y la Auditoría del cumplimiento de la entidad de las leyes y regulaciones ambientales.

Para distinguir la auditoría ambiental de otros servicios, consultamos la definición de lo que es auditoría, dado por la Asociación Americana de Contabilidad: auditoría es un proceso sistemático para obtener y evaluar objetivamente evidencia con relación a una afirmación verificable acerca de actividades y eventos para cerciorarse del grado de correspondencia entre la afirmación y los criterios establecidos y luego comunicar los resultados a los usuarios interesados[14]

[14] Consultar tesis de ANTUNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco. Tesis de especialidad en asesoría jurídica UNIVERSIDAD DE ORIENTE. 2005. Facultad de Derecho. Santiago de Cuba. Cuba. Se hace reseña de las herramientas de gestión, con el uso de la auditoria ambiental. Informe este publicado en la revista EUMENED. España.

La Cámara Internacional de Comercio, define la ecoauditoría como: herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de: Facilitar el control de gestión de las prácticas medioambientales y declarar el cumplimiento de la política de la compañía de acuerdo con la normativa medioambiental. [15]

El concepto de auditoría medioambiental ya citado, se introdujo por vez primera en los Estados Unidos, en respuesta a la legislación ambiental cada vez más restrictiva y a las pesadas penas asociadas a las infracciones. En una primera fase los objetivos consistían en asegurar que la empresa cumpliera de forma metódica y global las disposiciones legales. Disposición preventiva que evolucionó en la década de los ochenta hacia una posición defensiva y así comenzaron a ser vistas como instrumentos capaces de promover una utilización inmejorable de los recursos, permitiendo mejorar la imagen de la empresa en el mercado y contribuir a su competitividad.

Fue también a finales de los años setenta cuando una serie de empresas implantaron programas de auditoría, llegando a utilizar auditorías ambientales de seguridad e higiene (EHS) para analizar el cumplimiento de las normas gubernamentales y las normas internas.[16]

[15] Ibídem No. 14.

[16] HARRISON Y MAUTZ, autores que en su obra científica sobre la Filosofía de la Auditoria, sentaron pautas desde la teoría de la auditoria, en la introducción a sus propuestas sobre postulados de auditoría, Mautz y Sharaf (1961) citan de Aristóteles ("Los Trece Libros de los Elementos de Euclides", traducido por Sir Thomas H. Heath, vol. 1, segunda edición, Pág 119): "Toda ciencia demostrativa debe partir de principios no demostrables, o de lo contrario los pasos de demostración serían interminables". Cuestiones presentes al ejercitar la auditoría, como acción de control de la Administración Pública en relación con su patrimonio. Si bien el propósito primordial de los postulados es establecer una base para la formulación de teoría, también describen ellos las características intrínsecas de la auditoría y definen un modelo con el cual se pueden comparar potenciales situaciones de auditoría. Ya que producirá un beneficio económico o social. La expectativa de la sociedad en relación con la auditoría y las circunstancias en que ha aparecido el

Concluyendo los ochenta surgió un tercer factor relacionado con el desarrollo de auditorías EHS que traducía el deseo creciente de la opinión pública de que las empresas prestasen una información completa sobre su incidencia y actuación sobre el medioambiente. En los últimos años las empresas químicas, petrolíferas e industriales han ido intentando responder con la publicación de informes medioambientales públicos. En la actualidad se discute entre los profesionales que ejecutan el control ambiental, en torno a los objetivos y estrategias destinados a prestar información sobre el grado de cumplimiento de las normas sobre medioambiente y sobre sus riesgos.

La Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA), consideró obligatoria la implantación de auditorías medioambientales independientes, fue a partir de ahí cuando las normas norteamericanas comenzaron a exigirles a las empresas la publicación de algunos datos. (Superfund Amendments and Reauthorization Act (SARA), Título III, Sec. 313, obliga a que las empresas informen sobre las cantidades de sustancias tóxicas que emiten). En Europa, las normas ambientales que una empresa debe cumplir varían considerablemente según el país de implantación.[17]

El Reglamento de la Comunidad de Estados Europeos 1836/93, aplicado a partir de abril de 1995, trata de atenuar las referidas diferencias, establece normas de gestión medioambiental, exige que las empresas promuevan la realización de auditorías medioambientales y que elaboren informes ambientales para el Gobierno de su país, y éste, a su vez, proceda a su divulgación. Considerando un vasto conjunto de temas ambientales, entre los que se incluyen la emisión de contaminantes, la producción de residuos, el ruido y consumo de materias primas, el consumo de energía y de agua. Hoy la gestión

fenómeno de la auditoría demuestran sin lugar a duda que una característica definitiva del proceso de auditoría es la de que debe ser independiente en todo sentido de la organización y los miembros de la organización sometidos a la auditoría.

[17] Ibídem No. 14

medioambiental, se transforma, las empresas acabarán por constituir una función independiente que tendrá que repartir sus prioridades con otros procesos, hasta convertirse en una función cada vez más integrada en esos procesos.

Un cuarto factor hoy se visualiza con: la creciente confianza de los directivos en la utilidad de esta disciplina como instrumento de medida que valora y ayuda a cambiar y a mejorar la actuación EHS, cerrando así un ciclo completo en relación al tratamiento que se le da a esta institución. Por lo que consideramos los autores, que fue la industria la primera que sintió la necesidad de prever los aspectos ambientales de sus operaciones y ahora es también ella la que espera que la auditoría desempeñe un papel importante en la próxima fase de gestión medioambiental.

Confirmándolo con los resultados de investigadores del área contable-financiera de países consultados de la Comunidad Europea y de Latinoamérica, como Gaz, Casals, Malheiros, Eyer, Iribarrem, Malaxechavarría, Dense Pinheiro, y Garay, quienes la definen como: "proceso de investigación realizado por un auditor independiente dirigido a determinar el grado de eficiencia empresarial, con relación al grado de satisfacción experimentado por la comunidad y su hábitat, señalado en su informe de auditoría a los agentes degradantes del medio ambiente y la magnitud de la degradación producida, investigación sistemática, ejecutada por especialistas, destinada al sistema de gestión ambiental y sus resultados. [18]

Otros autores contrastados en el área de las ciencias jurídicas de los países consultados como materia de derecho comparado, como: Car-

[18] Ibídem No. 17

mona Lara[19], De Bessa Antunes[20], Irribarren [21], Bustamante Alsina [22], Fernández de Gatta Sanchez [23], Di Trindade Arnado [24], De Medeiros

[19] CARMONA LARA, Dra. Maria del Carmen. Ver artículo sobre los aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México. Donde la autora hace un análisis jurídico de los aspectos de esta acción de control al medioambiente dentro de su país.

[20] DE BESSA ANTUNES, Dr. Paulo. DIREITO AMBIENTAL. Editora Lumen Juris LTD. 12 edición. ISBN 978- 85-375-0616-5. 2011. Brasil. El autor en su texto científico ejecuta un análisis sobre la teoría general del Derecho Ambiental. El orden constitucional del medio ambiente. Las competencias constitucionales en materia ambiental. La política y el sistema nacional del medioambiente. El poder de la policía ambiental. Saneamiento ambiental. Responsabilidad ambiental. Educación Ambiental. En una segunda unidad aborda estudios relacionados con la Evaluación del Impacto Ambiental. Aborda en una tercera unidad el medio ambiente urbano. En una cuarta unidad ejecuta un análisis jurídico sobre la protección legal a la diversidad biológica. En una quinta unidad ejecuta el análisis de la política energética y el medio ambiente.

[21] IRRIBARREN, Dr. Federico, "Evaluación de impacto ambiental. Su enfoque jurídico", pág. 43, Editora Universo, 1997. El autor expone sobre la auditoría ambiental tiene por objeto apreciar, en un momento dado, el impacto que todo o parte de la producción o existencia de una empresa es susceptible de generar sobre el ambiente. La auditoria del ambiente puede tener un objeto de alcance variable.- Puede limitarse su objeto al impacto de un producto o línea de producción. Puede tratarse de un análisis de riesgos presentados por ciertos productos o materias primas, o su producción susceptible de generar tal o cual desecho.- También puede tener por objeto analizar los efectos de un establecimiento industrial en un lugar determinado.-La auditoria tomará en consideración la situación geográfica, económica, sociológica e hidrológica para apreciar las incidencias que el proyecto de implantación sería susceptible de generar en esos medios. Finalmente la auditoría ambiental podrá tener por objeto general, enfocando un análisis global del impacto ambiental que producirá el funcionamiento de un establecimiento en el lugar.

[22] BUSTAMANTE ALSINA, Dr. Jorge: "Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa" pág. 98 a 101, Editora Abeledo Perrot, 1995 El autor refiere que la auditoría ambiental debe realizarse mientras la empresa permanezca activa; el estudio de impacto es previo y está destinado a obtener una autorización administrativa.- La auditoría ambiental tiene un objetivo diferente, ya que apunta a informar a la dirección de la empresa sobre los riesgos que puede correr y la consecuente responsabilidad que pueden generarles y así poder preverlos, minimizarlos y evaluarlos.- El Estudio de Impacto Ambiental será la principal fuente de información para el auditor.-

[23] DE GATTA SANCHEZ, Dr. Dionisio. Profesor titular de la UNIVERSIDAD DE SALAMANCA en España, ver su trabajo Derecho ambiental: aspectos generales sobre la protección jurídica del medio ambiente. El autor realiza un abordaje científico sobre las actividades relacionadas con el derecho administrativo y el control al medio ambiente, con pertinencia en la responsabilidad ambiental.

[24] DI TRINDADE ARNADO, Dr. Frederico A. Consultar la obra científica publicada sobre el DIREITO AMBIENTAL ESQUEMATIZADO, donde en unos de sus capítulos donde el autor hace alusión al ejercicio de la auditoría ambiental y sus presupuestos jurídicos al ejercitarse en Brasil, como país muestral de los resultados de sus investigaciones en este

Garcia [25], Beltrao[26], Martin [27], Meier[28], Bustamante Alsina[29],Lopez Sela

tema científico. Editora METODO, en Brasil, en el año 2011.

[25] DE MEDEIROS GARCIA, Dr. Leonardo. El académico de la ciencia del derecho en su obra nos muestra su estudio relacionado con el derecho ambiental constitucional, con un estudio legislativo del derecho interno en Brasil, obra publicada en Brasil en el 2010, Editora JIUS POVIVM

[26] BELTRAO, Dr. F. G. En su obra científica donde se ha dedicado al tema ambiental, podemos dar una lectura científica sobre Direito Ambiental, publicada en el 2011 en Brasil, el autor hace un análisis científico sobre el desarrollo y evolución del derecho del medio ambiente.

[27] MARTIN, Dr. Leandro Maximiliano. En su obra intitulada Apuntes del Derecho Ambiental, este autor hace un estudio científico sobre este nuevo derecho, en relación a su problemática, conceptualización por diversos autores como rama del derecho, la evolución de la conciencia ambiental en relación con la problemática ambiental internacional, desde sus orígenes históricos remotos, el vocabulario ambiental, la legislación ambiental, la ecología, el daño ambiental, el cambio climático, la relación del hombre con el ambiente, el biocentrismo jurídico, los modelos de desarrollo, el desarrollo sustentable, y la tutela jurídica del medioambiente.

[28] MEIER, Dr. Henrique. Profesor de politología y derecho administrativo, quien en su obra científica realiza un estudio sobre las relaciones entre el derecho y el medio ambiente, aborda temas como la industrialización, urbanización, latifundio, el concepto de derecho ambiental, las funciones de esta rama del derecho dentro de la sociedad, los factores que intervienen en esta rama del derecho con el Estado en sus relaciones, y su conclusión al denominarle el Derecho que ha de asegurar la vida en el planeta, con su nicho de investigación en la actual Republica Bolivariana de Venezuela. Publicado en el 2007.

[29] BUSTAMANTE ALSINA, Dr. Jorge. Este autor argentino en su obra científica ejecuta un estudio sobre el Derecho Ambiental, trata aspectos relacionados con medio ambiente, su preocupación a escala global, la difusión necesaria de la conciencia global en la materia tratada, la necesidad de su institucionalización en materia de protección, los conclaves internacionales realizados en relación al derecho del medio ambiente de mayor relevancia que han trazado pautas como Estocolmo, Rio de Janeiro, un glosario nomenclador de terminologías ambientales en relación a la biosfera, la ecología, los ecosistemas, procesos ecológicos, la naturaleza, la calidad de vida, marco de vida, paisajes, patrimonio ambiental, desarrollo sustentable, el daño ambiental, los cambios climáticos, la fundamentación y caracteres de este derecho, su objeto de estudio, campo de aplicación, su relación con las otras ramas del derecho, la tutela del ambiente y dentro de esta la intervención estatal, los factores tutelados, los intereses de los usuarios por esta protección al ambiente, la intervención del ciudadano a través de las ONGs, desde otra óptica hace un abordaje sobre la base institucional de la política ambiental, deteniéndose en el poder de policía de la Administración Pública, la situación constitucional en Argentina en materia de protección al ambiente, la tutela judicial del ambiente y los intereses difusos, las técnicas de defensa para estos intereses difusos, vías procesales de acceso a la jurisdicción, realiza un estudio de la intervención de la Administración Pública y la tutela ambiental, las regulaciones administrativas, la AUDITORIA AMBIENTAL vista desde sus aspectos jurídicos, la EIA, las diferencias entre las herramientas de gestión como la EIA y la auditoría ambiental, toca aspectos relacionados con la información pública ambiental, el control de la autoridad

y Ferro Negrete[30], Quintana Valtierra[31], Morales Lamberti[32], Lorenze-

ambiental, como lo ejercita y para que lo ejecuta. Hace estudios sobre los incidentes ambientales dentro de la industria, la regulación legal en relación a los resultados ambientales por la actividad del hombre como ser social, donde destaca diversidad de productos, sus riesgos, agentes contaminantes, residuos, la competencia legislativa ambiental en su país, el derecho privado y la tutela ambiental, el derecho público y la contaminación ambiental, la economía y el derecho ambiental, los tributos verdes, el DAI en el área latinoamericana, y un análisis de la normativa ambiental en la Comunidad Europea, en los Estados Unidos, y en el derecho Español, publicados en el 2010.

[30] LOPEZ SELA Dr. Pedro L. y FERRO NEGRETE, Dr. Alejandro, de la UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA y la AUTÓNOMA DE MÉXICO abordan en un estudio académico las implicancias del Derecho Ambiental en México, relacionado con el derecho, la ecología y el medio ambiente, el DAI, la Constitución y el derecho ambiental, la norma sustantiva interna ambiental mexicana, la gestión ambiental, y dentro de esta LA AUDITORIA AMBIENTAL, responsabilidad jurídica por daños al medioambiente. En los aspectos jurídicos de la auditoria como control ambiental enfoque su análisis desde sus aspectos jurídicos y su regulación en una normativa especial, analiza criterios vertidos sobre esta herramienta de gestión por académicos como *Quintana Valtierra*, profesor autor de una obra científica relacionada con el Derecho Ambiental en México, publicada en el año 2000, donde este hace estudios sobre este control al ambiente, su pertinencia con la confidencialidad relacionada con la información industrial y comercial.

[31] QUINTANA VALTIERRA, Dr. Jesús. Ver obra científica sobre Derecho Ambiental Mexicano, Lineamientos generales, publicada en el 2006. Publicada por la editora Porrúa. El autor hace un análisis sobre la auditoría ambiental en México y el rol que la misma tiene como herramienta de gestión. 1era edición. Pág. 131.

[32] MORALES LAMBERTI, Dra. Alicia. Ver obra científica sobre Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales: políticas y atribución de responsabilidad, publicado en la editora MULTIGRAF, en Argentina en el año 2008. Donde la autora hace un abordaje sobre los pasivos ambientales y su configuración jurídica, en relación con la actividad minera. La actividad de policía ambiental, el seguro ambiental, el control y la fiscalización ambiental, y las concesiones administrativas ambientales.

tii[33], Bustamante Alsina[34], Morales Lamberti[35], Novak[36], y Sales[37], coinciden en señalar que entre los modos de actuación de la Administración Pública, esta acción de control, es una actividad de limitación o policía, es una prestación de un servicio público, una actividad de gestión o económica, con la inspección y la potestad sancionadora o de policía; desde la perspectiva que asumen las Administraciones Públicas, de sus funcionarios ante sus faltas y por cometer daños a los recursos naturales, con el consabido incumplimiento de las políticas ambientales implementadas en pos del desarrollo sostenible.

En Cuba así lo confirman investigaciones realizadas por especialistas del área contable financiera, entre los que se destacan Arma-

[33] LORENZETII, Dr. Ricardo Luis. Profesor e investigador de Derecho del Medio Ambiente, en su obra científica sobre Teoría del Derecho Ambiental, aborda todo un análisis científico doctrinal y legislativo sobre el origen de esta nueva rama del derecho, paradigmas teóricos, el seguro ambiental, la seguridad jurídica ambiental, la tributación verde, las técnicas de comando y control, la normativa ambiental argentina, análisis de sentencias internacional ambientales, el paradigma ambiental, incertidumbre y riesgos ambientales. Publicada en el año 2008.

[34] BUSTAMANTE ALSINA, Dr. Jorge. Fundamentación normativa del DERECHO AMBIENTAL. Editora Abeledo Perrot. Argentina. Profesor de la Universidad de Buenos Aires y otras instituciones académicas, el mismo en su obra científica aborda la temática del control al medio ambiente a través de la auditoria ejecutada por la Administración Pública. Sus clasificaciones que existen en la doctrina argentina, la diferencia y analogía con la EIA, entre otros aspectos que el investigador aborda en esta obra científica. Publicada en el 2011.

[35] MORALES LAMBERTI, Dra. Alicia y autores. Profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOVA en Argentina. Quienes en esta obra científica abordan el CONTROL AMBIENTAL en la actividad de la minería y su importancia en preservar los recursos naturales. Relacionando la materia legislativa en que está sustentada. Publicada en el 2008, por la Editora ALVERONI.

[36] NOVAK, Dr. Frank. Consultar el Diplomado en Derecho Ambiental y procesos ambientales. UNIVERSIDAD LA SALLE. CEJA. México.

[37] SALES, Dr. Rodrigo. La AUDITORÍA AMBIENTAL, ASPECTOS JURÍDICOS. Sao Paulo. Brasil. 2001. En este sentido el autor contextualiza todos los aspectos jurídicos para la concreción de esta herramienta de gestión, con ejemplos de cómo se ha estado ejercitando en su país.

da Traba[38], Font Aranda[39], Pelegrin Mesa[40], Pérez Bello[41] y Aguilera Mesa[42], quienes desde esta arista han demostrado insuficiencias en la consecución de esta herramienta de gestión relacionada con la contabilidad verde, la falta de cultura ambiental, la no exigencia de la responsabilidad ambiental, la reparación del daño ambiental y su relación con los costes ambientales, y la falta de un seguro ambiental, que permita la indemnización de los perjuicios que se ocasionen. Otros académicos cubanos, que desde las ciencias jurídicas, han investigado sobre la temática, son: Viamontes Guilbeaux[43], Ca-

[38] Prestigiosa profesora del área de las ciencias contables en la UNIVERSIDAD DE LA HABANA, investigadora en la temática relacionada con la Auditoría ambiental, realizando aportes desde la arista contable financiera, en relación con la tutela y el ejercicio de esta institución jurídica. Cuba.

[39] Ilustre profesora del área de las ciencias contables de la UNIVERSIDAD DE MATANZAS, quien desde el Centro de Estudios del Desarrollo para el Turismo, ha desarrollado en investigaciones la pertinencia de esta HERRAMIENTA DE GESTIÓN AMBIENTAL en pos de un desarrollo sustentable. Cuba.

[40] Profesor destacado en el área contable financiera en la UNIVERSIDAD DE CAMAGÜEY, quien en su autoría y coautoría ha venido desarrollando estudios sobre la temática de la tesis en el centro de estudios dentro de su área académica, sobre la pertinencia de la aplicación de este HERRAMIENTA DE GESTIÓN en el sector empresarial y del turismo en el país. Cuba.

[41] Profesor e investigador en el área contable financiera en la Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas, en la UNIVERSIDAD DE GRANMA, ha desarrollado estudios sobre el desarrollo de la AUDITORÍA AMBIENTAL en el territorio de la provincia. Cuba.

[42] Directiva de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, quien ha desarrollado investigaciones relacionadas con el control al ambiente, y en especial lo relacionado con la auditoria, la misma trabaja actualmente en lo que será el programa de la auditoría ambiental, a ejercitar por este órgano de control y el CITMA, tal y como lo establece la Ley No. 107. Cuba.

[43] Contrastar la obra en materia ambiental publicada por VIAMONTES GUILBEAUX, Dra.C. Eulalia de la Caridad. DERECHO AMBIENTAL CUBANO, en una compilación de autores. Y otros artículos que en materia ambiental la prestigiosa autora ha incursionado en esta temática. UNIVERSIDAD DE LA HABANA. Cuba.

raballo Maqueira[44], Rubio-Legrá[45], Rey Santos[46], Fournier Duharte[47], Monzón Brugera[48], Elías Vega[49], y Cánovas González[50], entre otros; realizando aportes al Derecho del Medio Ambiente, relacionados con la protección medioambiental, la tutela de la responsabilidad ambiental, las herramientas de gestión, el Manejo Integral de las Zonas Costeras, el tratamiento de la justicia ambiental, el derecho administrativo ambiental y el Derecho Ambiental Internacional desde 1980. Existiendo insuficiencias en el análisis relacionado con el control ambiental a través de la auditoría, en el orden teórico, doctrinal y legislativo.

Por lo que podemos ir concluyendo preliminarmente los autores del artículo en contextualizar la auditoría ambiental, como el instrumento de la administración de la empresa que se ocupa de las rutinas de trabajo y procedimientos de esta, o de uno de sus sectores, referidos a la gestión ambiental, al nivel de cumplimiento con las leyes ambientales y la política de la empresa misma, procedimiento ordenado que tiene por objetivos básicos el examen y evaluación,

---

[44] Consultar la obra de CARABALLO MAQUEIRA, Dr.C. Leonel. El pensamiento ambiental cubano. Profesor titular. Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE LA HABANA. Especialista de la Dirección Jurídica del CITMA. Aborda en su tesis la necesidad de modificar conductas relacionadas con el tema ambiental, en pos del desarrollo sustentable con el medio ambiente. Cuba.

[45] FERNANDEZ RUBIO-LEGRA, Dr.C. Ángel. Ver su obra sobre la LEY DEL MEDIO AMBIENTE EN 150 PREGUNTAS Y RESPUESTAS. Publicado por el Ministerio de Justicia.

Cuba. INSTITUTO DE RELACIONES INTERNACIONALES.

[46] REY SANTOS, MSc. Orlando. RETOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL. Cuba. CITMA. 2006.

[47] FOURNIER DUARTE, Dra.C. Niurka. Ver artículo sobre la aplicación de la JUSTICIA AMBIENTAL. Jueza del Tribunal Popular Provincial de Santiago de Cuba. Cuba.

[48] MONZON BRUGERA, Dra.C. Yailen. Consultar su tesis doctoral sobre el Manejo Integrado de Zonas Costeras en Cuba, donde la autora hace referencia de los presupuestos del Derecho Ambiental. 2012. UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS. Cuba.

[49] ELIAS VEGA, MSc. Niobis. Consultar el informe de la tesis sobre el manejo integrado de ZONAS COSTERAS, defendido por la autora en la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE ORIENTE. Cuba.

[50] CANOVAS GONZALES, Dr.C Daimar. Consultar el libro sobre DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE, publicado por la editora Venezolana, donde el autor aborda la problemática de la protección del ambiente, desde su dimensión social. Cuba.

periódica u ocasional, de los aspectos legales, técnicos y administrativos, relacionados con las actividades ambientales de la empresa, como un instrumento de análisis de su desempeño ambiental y de las acciones relativas a esos empeños., instrumento de gestión que nos permite hacer una evaluación sistemática, periódica y documentada y objetiva de los sistemas de gestión y desempeño de los equipos (equipamientos) instalados en el establecimiento de una empresa, por fiscalizar y limitar el impacto de sus actividades sobre el medio ambiente. componente o compartimiento de la auditoría social que consta en un examen o evaluación independiente, sistemático, periódico, documentado y objetivo, realizado por un equipo interdisciplinario de auditores ambientalistas (profesionales especializados en los campos contable-financiero-económico, de ciencias ambientales de biología, de ingeniería, de derecho, de ciencias sociales, y de experto generalista de la industria o del gobierno) todos ellos con conocimiento de las normas y capacitación en la aplicación de los respectivos procedimientos de las auditorias financieras y de gestión.

Es una evaluación sistemática para determinar si el sistema de control ambiental y el desempeño ambiental están de acuerdo con los programas de acción y el sistema está siendo efectivamente implantado y es adecuado para la política ambiental de la empresa. la evaluación sistemática, objetiva y documentada del impacto de sus actividades del negocio sobre el ambiente, tiene por objeto apreciar, en un momento dado, el impacto que todo o parte de la producción o de la existencia de una empresa es susceptible de acarrear en el ambiente y aparece como una herramienta de gestión, que permite monitorear el avance de la gestión ambiental y destacar en forma temprana los riesgos potenciales.

Considerando los autores finalmente, que existe consenso en que es una herramienta de gestión para conocer la gestión ambiental en una empresa, sus riesgos potenciales, su dimensión social, ejecutada por equipos multidisciplinarios, para determinar el grado de eficiencia en materia medioambiental. En Cuba se ve contextualizada en el sector empresarial que tiene implementado el sistema de perfeccionamiento, en la carpeta de gestión ambiental, no así en otras áreas del sector empresarial estatal y el no estatal, donde no

se implementan de manera adecuada las políticas relacionadas con la protección al medio ambiente en pos del desarrollo sustentable.[51] La organización internacional que agrupa a las Entidades Fiscalizadoras Superiores (en lo adelante EFS), la define como: la herramienta de planificación y gestión que le da una respuesta a las exigencias que requiere cualquier tipo de tratamiento del medio ambiente urbano, sirve para hacer un análisis seguido de la interpretación de la situación y el funcionamiento de entidades tales como una empresa o un municipio, analizando la interacción de todos los aspectos requerido para identificar aquellos puntos tanto débiles como fuertes en los que se debe incidir para poder conseguir un modelo respetable para con el medio ambiente. [52]

A juicio de los autores sí señalamos el caso de una empresa estatal o no estatal, para qué y por qué realiza una auditoría ambiental, lo hace para cuantificar las operaciones industriales, determinando sí los efectos de contaminación que produce dicha empresa, están dentro del marco legal de la protección ambiental, para que tribute al desarrollo local esperado con producciones limpias. Algo no muy interiorizado en el empresariado cubano, aun no existe una adecuada conciencia ambiental que permita con acciones positivas mitigar la problemática ambiental actual que impera, recogidas en la Estrategia Ambiental.

Estudios probatorios de la Evaluación de Impacto Ambiental que se ejecutan, suelen llevarse a cabo para poder determinar si un nuevo desarrollo o una obra de expansión van a cumplir con los reglamentos impuestos durante el proceso de construcción del proyecto. Por lo que los autores la definimos como*:* la acción de control ambiental realizada por una EFS que permite conocer el resultado del impacto ambiental, en el que podrá monitorearse la gestión ambiental en que concurre una Persona Jurídica y determinar los riesgos en que pueda incurrir, para certificar su tecnología limpia. Guardando relación con la auditoría de gestión, la auditoría de cumplimiento y la financiera dentro del derecho interno cubano.*[53]*

[51] Ibídem No. 14.

[52] Vid. No. 14

[53] Vid No. 14.

Los países tomados como referente en materia de derecho comparado, ejecutan esta acción de control por las normas ambientales creadas por la International Organization for Standarization; serie ISO 14 000, de estándares internacionales, que no es ley, pero sí los países la tienen registrada para hacer negocios, el cumplimiento y compromiso con el medioambiente tiene que mostrarse, como requisito para negociar, reconocidos en tratados internacionales, barreras para el desarrollo del comercio internacional. [54]

Continuando con el análisis del derecho del medioambiente y dentro de este, el control ambiental a los recursos naturales como protección al bien jurídico ambiental, contamos con el estudio realizado por los profesores e investigadores del área jurídica de Latinoamérica, del Proyecto Planeta Verde, Caferrata y Rinaldi, el que concluyendo en su primera fase, sus resultados se coligen: casi todos los países de América Latina y el Caribe presentan una estructura legal similar: en la cabeza, cláusulas constitucionales ambientales, luego una Ley General, Ley de Bases, Marco, u Orgánica, del Ambiente, y más abajo, leyes sectoriales ambientales.[55]

Coincidente con los estudios anteriores realizados por el profesor Brañes Ballesteros; confirmados por el directivo de política ambiental e investigador del CITMA, el profesor Rey Santos, quien afirma, las normas constitucionales que se ocupan del medio ambiente constituyen una parte muy relevante del Derecho Ambiental. Ello es así porque dichas normas trazan pautas esenciales de obligada consideración por el legislador y, por tanto, guían el actuar del órgano legislativo. (…) Por otra parte, su carácter de norma estable supone que la modificación o derogación de la constitución está sometida a condiciones especiales, y su condición rígida determina que el proceder para tales cambios esté generalmente recogido en la propia constitución. Esta estabilidad se trasmite a los presupuestos ambientales que contiene, elementos que convierten a la normativa

[54] Vid No. 14

[55] Consultar el Informe del PNUMA "*Planeta Verde*", el que hace una relatoría sobre la actual situación legislativa ambiental en la que se encuentra el área geográfica latinoamericana. Liderado por los profesores Dr. Néstor CAFERRATA y el Dr. Gustavo RINALDI. Argentina. 2013.

constitucional en un ámbito particularmente relevante para el análisis de la evolución y marcha del derecho ambiental.

Brañes Ballesteros, resaltaba en sus estudios que: la compleja historia política reciente de gran mayoría de los 20 países que componen América Latina ha llevado a una renovación de sus instituciones, lo que se ha reflejado, entre otras cosas, en cambios constitucionales. Entre 1972 y 1999, 16 de los 20 países de la región se han dado nuevas Constituciones Políticas, que de diversas maneras han procurado incorporar las modernas preocupaciones de la sociedad latinoamericana. [56]

Considerando los autores que lo aquí analizado en un primer resultado nos ha permitido, entre otras muchas novedades, que en estas nuevas Constituciones figuren un número importante de disposiciones que se refieren a la preocupación por la protección del medioambiente y la promoción de un modelo de desarrollo sostenible, que han venido a enverdecer estas leyes fundamentales desde el pasado siglo hasta el actual, lo que se refuerza con los mecanismos introducidos en relación con el control a los recursos naturales tanto para el sector estatal como el no estatal, tributando al desarrollo sostenible, que no es más que tributar a un desarrollo local adecuado. Que el control ambiental en Cuba a su más alto nivel será ejecutado al amparo de la Ley No. 107 y su reglamento, por parte de especialistas de la Contraloría General y del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente.

**2 - La actividad de servicios públicos.**

Podemos señalar que la primera idea de servicio público, al igual que otras instituciones jurídico administrativas, tienen lugar como mayoritariamente se le reconoce y concuerda la doctrina, en la Francia de entonces (siglo XVIII), partiendo desde la consolidación del movimiento revolucionario burgués, frente a la influencia de la nobleza en los cuerpos judiciales de este momento histórico.

[56] Ibídem No. 55.

Consultada la obra científica de Matilla Correa, el que expresa, que la noción de servicio público no sólo aparece aquí como una técnica que enmarca en el interior del ámbito jurídico administrativo una actividad de gestión, sino como criterio permite, además, evaluar la naturaleza iusadministrativa de otras actuaciones de las entidades públicas.[57]

No constituye reseñar además que el concepto servicio público ha tenido diversas acepciones, en correspondencia con el momento histórico en que se ha escrito sobre el mismo. El nuevo constitucionalismo que se vislumbra en el área Hispanoamericana, de la cual somos parte, ha mostrado cierto interés en el reconocimiento de esta actividad. Siendo de sumo interés para el Estado legitimar en normas su consecución, en correspondencia a las modificaciones que se vienen realizando con los cambios económicos en el proyecto social cubano, por ser esta un eslabón fundamental dentro de la actividad administrativa.

Dentro del derecho interno, visualizamos la estructuración de organización administrativa cubana, la que encuentra su asidero legal a partir del Decreto Ley 67 de 1983, como regulación jurídica medular de la estructura central de la Administración Pública; modificado posteriormente por el Decreto Ley 147 de 21 de Abril de 1994 y otros cuerpos legales que en este sentido han estado unificando actividades en este entramado orgánico-administrativo del país. Los que le permiten funcionalidad al menos general de los Organismos de la Administración Central del Estado (OACE) y a los Órganos Locales del Poder Popular a través de sus Consejos de la Administración, siendo los encargados de la dirección de las actividades y servicios que a la Administración Pública les compete.[58]

[57] Consultar la obra del profesor Dr.C. Andry Matilla Correa, Facultad de Derecho, UNIVERSIDAD DE LA HABANA, quien en su texto científico relacionada la importancia del actuar de la Administración Pública en Cuba.

[58] Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en www.gacetaoficial.cu, podrá consultar las normas jurídicas relacionadas con los Organismos de la Administración Pública en el país y el actuar de los Consejos de las Administraciones de cada territorio.

**2.1 - Los servicios públicos relacionados con el control a los recursos naturales en Cuba:**

Los servicios públicos que en Cuba consideramos los autores que tienen y guardan relación con el control al medioambiente, parten de la propia Ley No. 81, estando vinculados básicamente con las herramientas de gestión ambiental, complementado hoy con la promulgación de la Ley No. 107, y son a criterio nuestro los que a continuación señalamos:

- El ordenamiento ambiental. (Este lo ejecuta en colaboración con el Ministerio de Economía y Planificación, a través de la Dirección de Planificación Física), utilizando para ello las normas urbanísticas como parte del Derecho Urbanístico. La propia norma señala que tendrá como objetivo principal asegurar el desarrollo sostenible del territorio a partir de considerar integralmente los aspectos ambientales y su vínculo con los factores económicos, demográficos y sociales, a fin de alcanzar la máxima armonía posible en las interrelaciones de la sociedad con la naturaleza.
- La licencia ambiental. (La misma es concedida por los especialistas del CITMA, previa inspección ambiental realizada para la actividad que se pretenda ejecutar, en su concesión participan especialistas de otros organismos, como el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de la Agricultura, las Direcciones de Planificación Física entre otros). La norma le define como toda actividad susceptible de producir efectos significativos sobre el medio ambiente o que requiera de un debido control a los efectos del cumplimiento de lo establecido por la legislación ambiental vigente, estará sujeta al otorgamiento de una licencia ambiental por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de conformidad con lo que al respecto estipule este organismo, el que establecerá asimismo los tipos y modalidades de dicha licencia.
- La evaluación de impacto ambiental. (Este tipo de acción es realizada por especialistas del CITMA, aunque la ley dispone que pueden participar otros especialistas convocados para realizar dicha evaluación, la que no se ejecuta al 100% de la actividad en el país) la Ley No. 81 en este particular define que será obliga-

torio someter a la consideración del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, a fin de que se efectúe el proceso de evaluación de impacto ambiental correspondiente, los nuevos proyectos de obras o actividades

- El Sistema de Inspección Ambiental Estatal. (Es un sistema diseñado por el organismo, desde su estructura central, provincia y municipal) Estableciendo que los órganos y organismos estatales que participan en el Sistema de Inspección Ambiental Estatal incluirán en sus sistemas de inspección los aspectos requeridos para garantizar la protección del medio ambiente en sus respectivas esferas, para lo cual actuarán en coordinación con el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.
- Los regímenes de responsabilidad administrativa, civil y penal. (Son los que se establecen en la Ley marco ambiental, que sustantivamente se derivan al ejercitar la responsabilidad en el cumplimiento de lo regulado en el Código Penal, el Código Civil, y en la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador por los que poseen competencia y jurisdicción).
- La auditoría ambiental (acción de control realizada por especialistas de la Contraloría en sus niveles macro, meso y micro) así como dentro de los OACEs y sociedades civiles acreditas en el propio órgano, se ejecuta según dispone la doctrina consultada cuyo fin está destinado a certificar las tecnología limpia de una entidad auditada. Lo cual aparece preceptuado en la Ley No. 107 y en el Acuerdo del Consejo de Estado reglamentando esta actividad. Como en los programas de auditoría establecidos por este órgano de control.

**2.2 - El control ambiental, una herramienta de gestión ambiental para el desarrollo local como actividad de los servicios públicos de la Administración:**

En Cuba el control al medioambiente se realiza por los Organismos de la Administración Central del Estado y los órganos del control del Estado, como por los Consejos de la Administración en cada territorio, en correspondencia con la división político administrativa del país.

Hay que significar que la Ley No. 81 establece que será el CITMA el organismo que ejercitará el control al medioambiente, señalando por demás que tienen además competencia y jurisdicción en esta actividad otros organismos como son el Ministerio de Salud Pública, quien ejercita la inspección sanitaria estatal, al amparo de lo que dispone la Ley No. 41[59] y el resto de las normativas y disposiciones administrativas que la complementan.

En el Ministerio de la Agricultura, le corresponde ejercitar la inspección en materia forestal, la que ejercita con su cuerpo de inspectores, amparados en lo que se regula en la Ley No. 85.[60]

Otro organismo que tiene competencias en este sentido es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien a través del control a la seguridad y salud laboral, ejercita la inspección laboral dentro del sector empresarial. Lo ejecuta en cumplimiento de lo preceptuado en la Ley No. 13 y las disposiciones que le complementan y actualizan en este sentido. [61]

Por lo que a criterio de los autores son estos tres organismos los que mayor implicancia poseen en el control al medioambiente, estando en correspondencia con lo que se dispone en la Ley marco ambiental cubana vigente.

Ahora, los órganos que tienen vínculo con el control a los recursos naturales, en primer orden se encuentra la Fiscalía General de la

[59] Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en www.gacetaoficial.cu, en cuanto a la Ley de la Salud Pública, en relación con el actuar del Ministerio de Salud Pública y en especial la Inspección Sanitaria Estatal.

[60] Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en www.gacetaoficial.cu, en relación con las funciones del Ministerio de la Agricultura en la política forestal, a través de la Ley Forestal y el actuar de sus cuerpos de inspección estatal, vinculados al derecho administrativo sancionador.

[61] Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en www.gacetaoficial.cu, en relación con la inspección estatal en materia de seguridad y salud, ejercitada por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

República, la que cumpliendo el mandato establecido en la Ley No. 83. La ejercitan, al ser la veladora del cumplimiento de la legalidad, lo hace a través de las Verificaciones Fiscales, comprobando el cumplimiento de las políticas establecidas por el Estado en relación a la temática abordada.[62]

El otro órgano con competencia es la Contraloría General de la República, la que al amparo de lo preceptuado en la Ley No. 107 y en el Decreto Ley No. 159[63], ejercitará el más alto control por parte del Estado en cumplimiento de su mandato, en el caso del medioambiente lo realizará a través de la auditoría ambiental. Acción esta que no guarda relación con la inspección al discernir en su procedimiento y formas de ejecución, como en la persona que la ejecuta, la que tendrá que contar con una certificación como auditor o contralor.

Los autores concuerdan que esta actividad de la auditoría ambiental, o ecoauditoría, es un servicio público que presta la Administración Pública a sus administrados y a las personas naturales, partimos del propio concepto de servicio público y de las características que le distinguen. Destinado dentro del desarrollo local a identificar dentro del sector empresarial a los que contaminan el medioambiente, certificándoles o no su producción como limpia, un reto por la obsolescencia tecnológica de la actual industria del país, con muchas de estas con más de 50 años en explotación y de heterogeneidad en el sistema empresarial, hoy avocados en implementar un nuevo modelo económico que permitirá según su diseño evolucionar en el mercado internacional con los productos que seamos capaces de producir debidamente certificados.

Es por ello que la Administración Pública ha concebido en su derecho interno nuevas figuras que de una manera u otra tienen un

[62] Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en www.gacetaoficial.cu, en relación con la Ley de la Fiscalía General de la República de Cuba.

[63] Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en www.gacetaoficial.cu, actual normativa en Cuba que regula la auditoria y su ejercicio en el territorio nacional.

vínculo con el control al medioambiente, es el caso de la actual normativa tributaria, la Ley No. 113, la que irradia a la aplicación del denominado ecoimpuesto o impuesto ambiental, permitiéndole a la Administración Pública tomar estrategias en pos de mitigar las acciones negativas que contra el medio ambiente se hayan suscitado, al tener un fondo dinerario para tomar acciones para revertir o mitigar la situación adversa ambiental. [64]

Es criterio de los autores considerar que aún quedan sesgos por implementar en nuestro derecho interno, ejemplo de ello es el caso de la contabilidad dentro del sistema empresarial, la que no recoge los riesgos ambientales en sus asientos contables (denominada contabilidad verde), otro ejemplo es el seguro ambiental, el que permitiría cubrir los riesgos a través de la póliza concertada con las aseguradoras establecidas en el país, por solo enunciar dos ejemplos. Por lo que lejos de reconocerse que la legislación en materia ambiental en el país es adecuada, está necesitada de actualización y evolución, a tono con las situaciones fácticas implementadas y con solución en otros sistemas de derecho que han sido contrastados por los autores de este material.

**3 - Conclusiones:**

La acción de control al medioambiente a través de la auditoría ambiental, como función estatal, será ejercitada al amparo de la Ley No. 107, a través de los programas de control establecidos por la Contraloría General de la República a las personas jurídicas y naturales, con el objeto de certificar producción + limpia, cuyo resultado será mitigar los problemas medioambientales, haciendo competitiva en el mercado la producción mercantil con su ecoetiqueta, como servicio público de la Administración estatal.

La tutela jurídica de la auditoría ambiental, como acción de control dentro de las herramientas de la gestión, debe emprenderse sobre la base del Derecho Ambiental como rama

[64] Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en www.gacetaoficial.cu, relacionada con la actual política tributaria del país.

que le sirve de fundamento estructural y de la contribución del Derecho Administrativo,

La Ley de la Auditoría y la Ley del Medio Ambiente, deberán ser actualizadas, de estas parten la identificación de los principios jurídicos y la consolidación de las técnicas jurídicas relacionadas con la tutela del control ambiental. Con la comprensión y regulación jurídica de esta acción de control, que permitan alcanzar las metas y objetivos que orientan la acción de control en respuesta a la función estatal como política.

**4 - Bibliografía:**

Libros de doctrina:

ARMADA TRABAS, Dr.C. E. 1997. Metodología para desarrollar Auditorías de Gestión en Cuba. Memoria para optar por el grado científico de Doctor en ciencias económicas. Editora Ministerio de Educación Superior. La Habana. Cuba.

_____. 2011. Curso Teoría de la auditoría. Universidad de La Habana. Ministerio de Educación Superior. Cuba.

AGUILERA MESA, I. 2004. Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental. Memoria para optar por el grado científico de Master en Contabilidad y Auditoría. Revista de Auditoría y Control. Contraloría de la República. No. 12. La Habana. Cuba.

ANTUNEZ SANCHEZ, A. F. 2002. La auditoría en Cuba. Memoria para optar por el grado de Diplomante en Derecho de Empresas. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba. Cuba. 40p.

_____.2005. Los problemas ambientales en Granma. La auditoría ambiental como herramienta de Gestión. Memoria para optar por el grado de Especialista en Derecho de Empresas. Facultad de Derecho. Santiago de Cuba. Universidad de Oriente. Cuba. 80p.

_____.2012. La auditoría ambiental como herramienta de gestión y el derecho administrativo sancionador en Pensamiento Penal. www.pensamientopenal.org/ Argentina. 20p.

_____. 2012. La jurisdicción de la auditoría ambiental en cuba. una herramienta de gestión y control en el escenario cubano para la obtención de producciones más limpias en Derecho y Ciencia Política. Universidad Católica de Temuco. Chile. 20p.

AGUILAR, G. y IZA, A. 2004. Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica. Tomo I. Editora Unión Mundial de la Naturaleza. Centro de Derecho Ambiental de la Unión Mundial por la Naturaleza. Costa Rica-Alemania.

SOCARRAS STABLE, J. y autores. 2009. ASPECTOS GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA GESTION AMBIENTAL EMPRESARIAL. Producciones más limpia, consumo sustentable. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. La Habana. Cuba. P49.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA. 2013. D:\auditorías ambientales - Enciclopedia jurídica.htm. BRAÑES BALLESTEROS, R. 2000. Memorias del Seminario/Taller: Solución de conflictos ambientales en la vía judicial. Editora del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. Universidad de Tulano. México D. F. La Habana. Cuba.

_____.2000. Manual de Derecho Ambiental Mexicano. Edición Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. La Habana. Cuba.

_____. 2000. El acceso a la justicia ambiental en América Latina. Derecho ambiental y desarrollo sostenible. Sistema de Naciones Unidas. Chile.

_____. 2001. Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, PNUMA. México D.F.

_____. 2003. El Derecho Ambiental en América Latina. 4to. Congreso Español de Derecho Ambiental, Santiago de Compostela, 2002. España.

_____.1991.Aspectos institucionales y jurídicos del medioambiente, incluida la participación de las organizaciones no gubernamentales en la gestión ambiental. Chile.

_____. 2003. La fundación del Derecho Ambiental en América Latina. Chile.

_____. 2003. Medioambiente y libre comercio en América Latina. PNUMA. ONU. Chile.

CARABALLO MAQUEIRA, L. 2000. El pensamiento ambiental cubano. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana. Cuba.

_____. 2005. La presencia de la concepción de producción más limpia en la legislación ambiental cubana en Cub@: Medio Ambiente y Desarrollo. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. Cuba.

CAFFERATA, Dr. N. A. 2004. Introducción al Derecho Ambiental, Editora INE- Semarnat, México D.F.

CANOVAS GONZALEZ, D. 2011. Estudios sobre Derecho del Ambiente. Editora Vadell Hermanos. Valencia. Venezuela.

CURSO DE DERECHO Y MEDIO AMBIENTE. 2010. Universidad para Todos. Ministerio de Educación Superior. La Habana. Cuba.

COLECTIVO DE AUTORES. 2012. Derecho y Medio Ambiente. Editora Pablo de la Torriente. La Habana. Cuba.

COLECTIVO DE AUTORES. 1997. El perfeccionamiento empresarial en Cuba. Editora Pueblo y Educación. La Habana. Cuba.

ESTRATEGIA AMBIENTAL NACIONAL: CITMA. 2010. Agencia del Medio Ambiente. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Am-

biente. La Habana. Cuba.

ENCICLOPEDIA DE LA AUDITORIA. 1996. Editora Océano/Centrum. Barcelona. España.

FONT ARANDA, M. y autores. 2011. La auditoría ambiental, una perspectiva global y nacional. Centro de Estudios del Instituto de Turismo. Matanzas. Universidad de Matanzas. Cuba.

FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Á. 1999. Ley 81 en más de 150 preguntas y respuestas. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

_____. 2011. Glosario de expresiones ambientales y jurídicas. Editora Ciencias Sociales. La Habana. Cuba.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Curso de Derecho Administrativo. Editora Félix Varela. La Habana. Cuba.

GARCINI GUERRA, H. 1986. Derecho Administrativo. Editora Pueblo y Educación. La Habana. Cuba.

GONZÁLEZ MALAXECHEVARRÍA, Á. 1997. La Auditoría medioambiental, su evolución histórica y entorno político-institucional. Instituto de Auditores Internos. Madrid. España.

JAQUENOD DE ZSOGON, S. 1991. El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, 3era Ed., Editora Dykinson, S.L. United State.

JORDANO FRAGA, J. 2003. El Derecho Ambiental del Siglo XXI en Derecho Ambiental. http://huespedes. cica.es/aliens/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm. España.

JUSTE RUIZ, J. 2007. La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente. Universidad de Valencia. España.

LA INSPECCION AMBIENTAL ESTATAL. 2007. Agencia del Medio Ambiente. Criterios sobre la auditoría ambiental y sobre la inspección estatal. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. La Habana. Cuba.

MARTÍNEZ SANZ, M. L. 1993. La fiscalización superior en los umbrales del siglo XXI. La Auditoría ecológica, en OLACEFS. Volumen I, no. 4. P3-25.

MATILLA CORREA, A. 2004. Comentarios sobre las fuentes del derecho administrativo cubano, excepto el reglamento. Temas de Derecho Administrativo Cubano. Editora Félix Varela, La Habana, Cuba.

MARTÍN MATEO, R. Manual de Derecho Ambiental, 2da edición, Editora Trivium, S. A, Madrid, España.

_____. 1991. Tratado de Derecho Ambiental. 1ra edición, Editora Trivium S.A., Madrid, España.

NORMAS DE AUDITORIA. 2012. Contraloría General de la República de Cuba. Actualizadas por las normas de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) y las Normas Internacionales de Auditoría.

NIETO, A. 1994. Derecho Administrativo Sancionador. Editora TECNOS. 2da. edición. España.

OJEDA MESTRE, R. 2012. Las cien caras del Derecho Ambiental. México.

PRACTICAS DE PRODUCCIÓN MAS LIMPIAS. 2007. Manual de formación ambiental básica. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente- PNUD. La Habana. Cuba.

PEREZ VAQUERO, C. 2012. Diez claves para entender el Medio Ambiente. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. España.

REY SANTOS, O. 2005. Evaluación sobre la implementación de la Ley 81 del Medio Ambiente a ocho años de su promulgación, Editora Ciencias Sociales, La Habana, Cuba.

_____. 2007. Instrumentos de la gestión ambiental. Derecho Ambiental Cubano, 2da ed, Editora Félix Varela, La Habana, Cuba.

VIAMONTES GUILBEAUX, E. 1998. Compendio de Legislación Ambiental. Tomo I. Editora Félix Várela. Cuba.

VEGA VEGA, J. 1999. Las Contravenciones. en Cubana de Derecho. La Habana. Cuba

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. 1998. Código Ambiental, Editora Porvenir, 1era Edición. San José. Costa Rica.

Sitios web consultados:

Granma Internacional, La industria cubana logra producciones más limpias. www.granmai www.undp.org.cuppdestrategi.htm.Estrategianacionaldecubahttp72.14.207.104searchq=cache0hroEu_oCXcJ El 27 de febrero 2012.

http://www.cinu.org.mx Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. [en línea] El 7 de mayo de 2010.

www.undp.org.cuppdestrategi.htm.Estrategianacionaldecubahttp72.14.207.104searchq=cache0hroEu_oCXcJ El 27 de febrero 2012.

CD rom de la IX Convención Internacional MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO. Julio 2013. La Habana. Cuba. Memorias del evento internacional.