

JUSTICIA Y DERECHO

No. 26, año 14, junio de 2016

PUBLICACIÓN SEMESTRAL



ESPECIAL



**Maestría en Derecho constitucional
y administrativo (2.^a edición)**

Taller socializador



SUMARIO

- 3 • *Presentación*
Dra. Lissette Pérez Hernández
- 8 • *La independencia judicial y la gestión de la calidad en los tribunales*
M.Sc. Rubén Remigio Ferro
- 18 • *El sistema judicial cubano: transformaciones y evolución (1959-1976)*
M.Sc. Yanet Pérez Góngora
- 27 • *La participación ciudadana en la administración de justicia*
M.Sc. Amaro Cabrera Calero
- 43 • *Origen y evolución de la figura del juez lego en Cuba*
M.Sc. Yenisleidys Chávez Rodríguez
- 63 • *Jurisdicción y competencia en la administración de justicia (1800-1940)*
M.Sc. Eremis Marilyn Tamayo Pérez
- 74 • *La imparcialidad como presupuesto de la jurisdicción*
M.Sc. Yoel Quinta Arango
- 88 • *Los criterios de sala en Cuba frente a la seguridad jurídica*
M.Sc. Katiana Guevara Suárez
- 100 • *La iniciativa legislativa del Tribunal Supremo Popular*
M.Sc. Yamina de la Caridad Bernal Capote
- 119 • *La jurisprudencia como fuente de derecho*
M.Sc. Raisa María Aguirre Alonso
- 133 • *El amparo constitucional como garantía de los derechos*
M.Sc. Luisis Mariely González Piloto
- 148 • *La actuación judicial de cara a la justicia constitucional*
M.Sc. Edel González Jiménez
- 159 • *El acceso a la justicia en materia administrativa*
M.Sc. Danis Antonio García Moreno
- 179 • *El coadyuvante de la administración*
M.Sc. Idalmis Pérez Hernández
- 190 • *Impropia manifestación de la potestad administrativa sancionadora*
M.Sc. Liosbel Márquez García
- 212 • *El control judicial de la potestad discrecional*
M.Sc. Neuris Rigñack Fonseca
- 237 • *Garantía del derecho constitucional al trabajo*
M.Sc. Nemesia Cabrera González
- 258 • *Necesario reforzamiento del derecho a la defensa como garantía constitucional*
M.Sc. Noel Rodríguez González
- 280 • *Olvido constitucional de la función del juez de ejecución penal*
M.Sc. Yanet de la C. Hernández Batista
- 297 • *La sanción accesoria de privación de derechos*
M.Sc. Yaneiky Cortijo Caballero
- 311 • *Constitucionalización de la presunción de inocencia*
M.Sc. Tamara Benavides Lenz
- 320 • *La Constitución en sede judicial*
Dra. Lissette Pérez Hernández

Justicia y Derecho
revista del Tribunal Supremo Popular
de la República de Cuba

Director
Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial
M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro
Esp. Vivian Aguilar Pascaud
Esp. Maricela Sosa Ravelo
Esp. Liliانا Hernández Díaz
M.Sc. María C. Bertot Yero
Esp. Isabel I. Arredondo Suárez

Compilación y clasificación
Lic. Celaida Rivero Mederos

Edición y corrección
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Composición y diseño
Roberto Armando Moroño Vena

Redacción
Avenida Independencia, entre Tulipán y Lombillo,
Plaza de la Revolución, La Habana
Teléfono: (537) 7855 5035 ext. 229
E-mail: celaida@tsp.cu

ISSN 1810-0171
Publicación semestral
Año 14, no. 26, junio de 2016

PRESENTACIÓN

«El concepto mismo de la función de la universidad se amplía y cada vez comprendemos mejor que una universidad tiene que ser algo más que un centro donde unos van a enseñar y otros van a aprender. Es que el concepto de universidad tiene que entrañar la investigación; pero no la investigación que se hace solamente en un aula o en un laboratorio, sino la investigación que hay que realizar a lo ancho y largo de la isla, la investigación que hay que realizar en la calle [...]».¹

Fidel Castro

ESTA EDICIÓN ESPECIAL de la revista *Justicia y Derecho* es evidencia del trabajo científico y armonioso entre la academia cubana y un ámbito práctico del Derecho; de los estrechos vínculos entre la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y el Tribunal Supremo Popular (TSP), fundamentados en el valor del trabajo colectivo, solidario y comprometido. Agrupa los principales resultados investigativos de un proyecto científico ejecutado, de forma conjunta, por 20 jueces de distintas instancias y provincias y el grupo universitario de investigación *Julio Fernandez Bulté*, de dicha Facultad, en respuesta a intereses concretos del TSP.

El proyecto fue concebido como proyecto marco, de forma que las investigaciones asociadas a las tesis de la maestría en Derecho constitucional y administrativo, en su 2.^a edición, pudieran ser parte de las propuestas de soluciones viables en pos del perfeccionamiento de la actividad de tribunales en el país. El programa de maestría mencionado fue especialmente abierto por la Facultad de Derecho para jueces de todo el país, mientras las tesis fueron dirigidas por miembros del grupo universitario de investigación que, a su vez, participaron como profesores del mencionado programa.

Se trabajó de forma particular por parte de un subgrupo de investigación —por su importancia y particular interés para tribunales—, en el tema «El principio de independencia judicial y la gestión de la calidad en la organización de tribunales en Cuba» en el que se sistematizaron el marco

¹ Discurso pronunciado por el comandante Fidel Castro Ruz, primer secretario del Partido Unido de la Revolución Socialista y primer ministro del Gobierno Revolucionario, en la inauguración de la ciudad universitaria *José Antonio Echeverría* (CUJAE), en los terrenos del central *Manuel Martínez Prieto*, antiguo «Toledo», el 2 de diciembre de 1964. (Departamento de versiones taquigráficas del Gobierno Revolucionario)..

teórico-conceptual que sustenta el despliegue de la gestión de calidad en el sistema de trabajo de los tribunales de justicia cubanos, y los fundamentos teóricos doctrinales más sobresalientes relacionados con la vigencia y alcance del principio de independencia judicial y el ejercicio de la función de impartir justicia; se diagnosticaron las principales dificultades identificadas en los actuales mecanismos de gestión de la calidad y el desempeño de la función judicial en Cuba, mediante el análisis del cumplimiento de los documentos normativos correspondientes y la percepción de los jueces y controladores de la calidad, y también se fundamentaron los presupuestos jurídicos para el logro de la adecuada coexistencia entre el principio de independencia judicial y la gestión de la calidad en el desempeño de la función judicial en Cuba.

Algunas conclusiones refuerzan la importancia del conjunto de los resultados; a propósito, los investigadores consideran que la gestión de calidad en la impartición de justicia en Cuba debe asumirse como un proceso constante de perfeccionamiento de la actuación de los tribunales, basado en los principios político-jurídicos y deontológicos que legitiman su implementación; que el sistema de gestión de la calidad de los tribunales en Cuba deberá homologarse conforme a las normas y estándares nacionales e internacionales y contar con una metodología propia, debidamente certificada, que permita elevar los niveles de calidad, para garantizar la función suprema de impartir justicia, que establece para los tribunales la Constitución de la República, en armonía con el principio de independencia judicial.

En sentido general, todos los asuntos abordados tuvieron como finalidad contribuir al perfeccionamiento de la actuación judicial, sobre la base de los principios cardinales de legalidad e institucionalidad, en tanto el Derecho es instrumento de regulación social general, instrumento para cumplir tareas sociales y asegurar la actividad y eficacia de la dirección estatal, aspecto de donde precisamente se deriva su valor funcional, pues, por medio de sus facultades regulativas, organizadoras y protectoras, puede garantizar la realización de las funciones estatales y la ordenación social.

Los resultados, de índole teórica y práctica obtenidos, cuyos resúmenes compila la presente edición, son importantes tanto para los académicos del Derecho en Cuba, como para los operadores jurídicos. Pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1.º Ofrecen fundamentos para las bases del perfeccionamiento institucional del Sistema de Tribunales Populares (STP), desde perspectivas técnicas, organizacionales, funcionales y sociales.

2.º Contribuyen al rescate de la memoria jurídica cubana, en torno a la función jurisdiccional. Desde el punto de vista bibliográfico, se resalta el pensamiento de excelsos juristas, lo que profundiza el conocimiento del acervo cultural en materia jurídica.

3.º Aportan, de conjunto, un modelo teórico-metodológico para las investigaciones sociojurídicas en el STP.

4.º Realizan un diagnóstico de las principales problemáticas relacionadas con los ejes temáticos del proyecto.

De conformidad con las Proyecciones estratégicas del STP hasta el año 2020, se previó el reforzamiento de su autoridad institucional, respecto al resto de los órganos estatales y la ciudadanía en general, a la par de lograr una mayor confianza en sus decisiones; de ahí que la actualidad y pertinencia de los resultados que le dan contenido a esta edición trascienda a los docentes e investigadores del Derecho que participaron. Los resultados podrán contribuir al perfeccionamiento jurídico cubano, insertos en un momento de reformas administrativas y actualización del modelo socioeconómico cubano, teniendo como guía de acción los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados en el VI Congreso del PCC.

En ese sentido, los resultados investigativos de este proyecto dan respuestas al Lineamiento No. 12: «La elevación de la responsabilidad y facultades hace imprescindible exigir la actuación ética de las entidades y sus jefes, así como fortalecer su sistema de control interno, para lograr los resultados esperados en cuanto al cumplimiento de su plan con eficiencia, orden, disciplina y el acatamiento absoluto de la legalidad».

La problemática objeto de la investigación es doblemente importante para las prioridades actuales de Cuba. Primero, si se tiene en cuenta que el mapa estratégico del STP tiene, entre sus objetivos, elevar el dominio y destreza profesional de los jueces, y la investigación ha contribuido a promover la actuación diligente con racionalidad judicial, a fin de salvaguardar el sentido de justicia, todo lo cual contribuirá al reforzamiento de la autoridad de la institución, a la confianza en sus decisiones; y segundo, porque sus propuestas pueden aportar al reforzamiento del ordenamiento jurídico nacional.

Resulta significativa —y, por ello, merece destacarse particularmente—, la trascendencia inmediata de los resultados investigativos y el rigor científico que traslucen las propuestas de perfeccionamiento, razones que hacen de estos un valioso aporte al campo de la ciencia jurídica, en especial en la rama del Derecho constitucional y del Derecho administrativo.

El proyecto científico que guió las investigaciones estuvo concebido en torno a tres ejes temáticos: reconocimiento social y la autoridad institucional; aplicación del Derecho; y organización y funcionamiento del STP.

En el primer caso, las principales temáticas analizadas fueron: la función judicial como garantía de la legalidad y de los derechos humanos, la autoridad institucional y reconocimiento social, las interacciones necesarias entre sociedad-derecho-justicia, para la eficacia social de las decisiones judiciales; el acceso a la justicia como derecho constitucional, la participación popular en la justicia y la profesionalización de los jueces;

la independencia judicial, la democracia, la legalidad y los principios generales del Derecho, la validez de las decisiones judiciales frente a los actos contrarios a la Constitución, los jueces como garantes del orden político y social y la actividad judicial, y la seguridad jurídica desde una perspectiva histórica del sistema judicial.

En relación con la aplicación del Derecho, las principales temáticas fueron: la jurisprudencia en el sistema jurídico cubano, el debido proceso y garantías constitucionales, la argumentación de las sentencias, el control judicial del proceso de creación normativa, las disposiciones normativas del Consejo de Gobierno del TSP (CGTSP) y su inserción en el sistema de fuentes, la judicialización de la defensa de los derechos constitucionales, la interpretación y la aplicación del Derecho.

Y, en torno al tercer eje, se trabajaron los siguientes asuntos: la organización de los tribunales, las relaciones funcionales en el STP, la expresión de la democracia en el funcionamiento de los tribunales, la dinámica funcional del STP como parte estatal, y procesos de elección y revocación judicial.

A partir del hilo conductor anteriormente descrito, en la investigación, se argumentan propuestas concretas que, a partir de la experiencia profesional y la profundidad de los estudios realizados, permitieron fundamentar reformulaciones constitucionales y legales para los órganos de justicia.

Mérito especial de la investigación es lo oportuno: el proyecto de investigación, como se ha apuntado, tributa a las acciones por el reforzamiento de la institucionalidad del país. Sus resultados pueden ayudar a mejorar la funcionalidad del STP y, desde el punto de vista sociológico, a aumentar la credibilidad, la conducta ética y la justeza de las decisiones judiciales, lo que también favorecerá la legitimidad del aparato de poder. En relación con ello, la investigación, por intermedio de los propios jueces investigadores, ha conducido a una actuación más diligente, más racional, a fin de salvaguardar el sentido de justicia; y, en consecuencia, ha ayudado al reforzamiento de la autoridad de la institución.

También es cardinal significar que los resultados investigativos reflejan la capacidad de convocatoria y liderazgo científico del grupo de investigadores que, desde la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, promovió la búsqueda de soluciones científicas en pos del perfeccionamiento del sector jurídico, vinculando estrechamente la actividad científica a los procesos de formación y acentuando las capacidades de investigación, reflexión y debate de los alumnos.

Desde el punto de vista científico, las propuestas de solución que fundamentan tienen valor probado, aportan a la doctrina jurídica constitucional y administrativa nacional. El aparato crítico de la investigación pudiera calificarse «de referencia», por sus virtudes estrictamente científicas, por lo necesario e ilustrador que resulta y, también, por constituir en sí mismo

un producto motivador para los estudiosos de los temas constitucionales y administrativos, principalmente.

Aunque, durante el período de ejecución de la investigación, el colectivo debatió sus resultados en varios talleres organizados con ese objeto, incluso para culminar la investigación, socializar y validar los resultados, se convocó, además, a un taller final en el que, agrupados en cuatro mesas de trabajo, fueron presentadas las principales propuestas de perfeccionamiento ante interesados en la materia.

Es indiscutible que, para contribuir a la publicidad de estos resultados, facilitar con ello su introducción efectiva y fortalecer la comunicación social de la ciencia hacia el sector jurídico y la sociedad, la iniciativa de su Consejo editorial y la dirección del TSP de divulgarlos, en un número especial de *Justicia y Derecho*, tiene trascendental importancia; por ello, los investigadores aprovechamos la oportunidad para dejar constancia de nuestro más sincero agradecimiento.

Dra. Lissette Pérez Hernández
Coordinadora del proyecto investigativo

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LA GESTIÓN DE LA CALIDAD EN LOS TRIBUNALES¹

*M.Sc. Rubén Remigio Ferro
presidente del TSP*

EN EL CONTEXTO actual, el problema de la eficiencia y la eficacia del aparato público constituye una cuestión fundamental, de ahí que la capacidad de mejorar la gestión de la calidad en este sector cobre cada vez mayor importancia y se convierta en prioridad política. «Si con anterioridad se sopesaban los costos políticos de una reforma del aparato estatal, ahora el razonamiento es a la inversa: los costos políticos que se evalúan son los de no hacer las reformas, en aras de la eficiencia y la eficacia».²

Estos nuevos enfoques determinan la necesidad de prestarle una mayor atención a los recursos humanos en su interrelación con los aspectos técnicos, jurídicos y gerenciales en los procesos de trabajo. Se imponen grandes desafíos que exigen nuevas competencias —capacidades, conocimientos, actitudes y habilidades—, que repercuten de manera significativa en el ámbito laboral.

En cuanto a la administración de justicia —frente a los reiterados reclamos o insatisfacciones de los justiciables y la sociedad, referentes al desempeño del sistema judicial—, lo más frecuente, a escala global, resulta la actitud oficial justificativa y la defensa a ultranza de la «sacrosanta» incuestionabilidad e intocabilidad de los jueces, salvo ante episodios extremadamente graves. A lo anterior, se suma que los procesos de selección de quienes ingresan a la judicatura se realizan bajo criterios predominantemente técnicos o políticos, y la absoluta reticencia de la mayoría de los aparatos judiciales a implementar mecanismos efectivos de supervisión y rendición de cuenta, amparándose en criterios hipertrofiados sobre la vigencia y alcance del principio de independencia judicial, el que suele enarbolarse como un mito o una especie de coartada para eludir la responsabilidad por la inadecuada aplicación de las leyes. Los críticos denuncian la paradoja de que ese manejo conceptual extralimitado de la independencia judicial signifique que los jueces actúen tomando más distancia de la so-

¹ Resumen del informe ejecutivo presentado en la segunda convocatoria de la maestría de Derecho constitucional y administrativo. La tesis, tras un proceso de edición, se publicó en el número 25 (diciembre de 2015) de *Justicia y Derecho*. Tutoras: Dra. Lissette Pérez Hernández y Dra. Majela Ferrari Yaunner.

² B. Kliksberg: «Perspectivas de la gerencia en los años 90».

ciudad que del poder. Nadie fiscaliza la efectividad de esos funcionarios, dejándoles únicamente a merced de su supuesta integridad e infalibilidad.

Ante un porcentaje elevado de decisiones revocadas por el tribunal superior o el manifiesto desconocimiento en su actuación de principios básicos, causas que harían rechazables a un juez; el único control de competencia obligatoria que pasan durante toda su carrera, son las pruebas de ingreso, una vez ganados los exámenes de oposición, después viene toda una vida de confianza que la sociedad deposita en ellos.³

Desde hace varias décadas, Cuba asume una perspectiva diferente al respecto.

La Constitución de la República, en el Artículo 120, establece que «la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular [TSP] y los demás Tribunales que la ley instituye», refrendándose así, en la disposición normativa de mayor jerarquía —que inspira y compromete la actuación del poder público—, el carácter esencialmente popular que tiene la función jurisdiccional.

Obviamente, tal postulado constitucional no puede asumirse como mera declaración política, sino que ha de concretarse en el desempeño cotidiano y permanente de jueces, secretarios judiciales, y demás personal que integra los tribunales de justicia, quienes deben realizar su labor con actitud consciente, responsable y comprometida; sabiéndose y comportándose como simples servidores de la ciudadanía, en cuyo nombre, precisamente, cumplen tan compleja y honrosa misión.

En consecuencia, la mayor o menor efectividad con que los tribunales de justicia cubanos materializan el carácter esencialmente popular y democrático que supone el ejercicio de esa función está en correspondencia con la magnitud con que los actos y decisiones judiciales, además de cumplir con los preceptos constitucionales y legales aplicables al caso, reflejen también valores como la justicia, la honradez, la honestidad, el humanismo, la equidad, la dignidad, entre otros.⁴

La impartición de justicia por los órganos judiciales cubanos entraña la prestación de un relevante servicio público a los ciudadanos y al resto de los actores del entramado social, toda vez que el desempeño adecuado y exitoso de esa función impacta, de manera sustancial, en la calidad de vida de la población, la seguridad jurídica, el orden público, la legalidad, la tranquilidad ciudadana y la confianza de la población en el sistema político.⁵

³ Gonzalo Martínez Fresneda: «La responsabilidad de los jueces», p. 30.

⁴ Estos principios de actuación fueron refrendados en el Código de Ética Judicial, aprobado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), el 16 de julio de 2015, y firmado por los cuadros, jueces y trabajadores del Sistema de Tribunales Populares (STP), en actos solemnes.

⁵ En las Proyecciones estratégicas hasta el año 2020, y los Objetivos de trabajo para el año 2016, del TSP, se define como misión: Impartir justicia y asegurar la tramitación y solución

Esa innegable trascendencia del ejercicio de la función de impartir justicia para los ciudadanos, las instituciones, las entidades y la sociedad toda, determinan la necesidad insoslayable de que los actos, los procedimientos y las decisiones judiciales se realicen, adopten y cumplan con la mayor calidad y responsabilidad. Que así resulte, no puede dejarse únicamente a la espontánea disposición de quienes laboran en los órganos que cumplen esa misión; sino que requiere, además, de una actividad gerencial intencionada y constante en todos los niveles institucionales.

NECESARIA REVISIÓN CRÍTICA DE LOS MECANISMOS DE GESTIÓN

Una mirada crítica a los resultados de la actividad judicial en el país permite apreciar, en el transcurso de los últimos años, notables avances en el orden cualitativo, aunque también se identifican deficiencias e insuficiencias en la actuación de algunos tribunales, jueces y secretarios, relacionados principalmente con el inadecuado cumplimiento de formalidades y garantías propias de procedimientos judiciales, la falta de objetividad y argumentación en la adopción de decisiones, y las demoras injustificadas en la realización de determinados trámites.

Por tal razón, resultó necesaria la revisión crítica de los mecanismos de gestión de la calidad desplegados por el STP del país, a los efectos de su actualización y perfeccionamiento, propósito esencial de la investigación.

La gestión de calidad en el desempeño de la función judicial en Cuba se inserta en algunas de las proyecciones estratégicas del STP hasta el año 2020, entre las que deben destacarse las siguientes: impregnar la cultura de la calidad en el desempeño como deber principal y, a la vez, motivo de realización personal y profesional, potenciar el liderazgo efectivo de los cuadros, dirigentes y su reserva; actualizar los procedimientos internos en correspondencia con las necesidades y mejorar la fundamentación y argumentación de las sentencias y demás resoluciones que se dicten por los tribunales.

De las anteriores estrategias, se deriva el primer objetivo de trabajo del STP: consolidar la calidad del servicio y la práctica judicial, mediante la

de los asuntos judiciales con apego a la ley, sentido de lo justo, racionalidad, prontitud, respeto a las garantías de las partes, transparencia y cumplimiento oportuno y efectivo de las decisiones, contribuyendo así a la realización plena de los derechos y al cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, el bienestar de la ciudadanía, la seguridad jurídica, la sostenibilidad y el desarrollo de la sociedad socialista; y como visión: Ser una institución garante del cumplimiento de la Constitución y las leyes, con directivos, jueces, secretarios judiciales y demás trabajadores acreedores de prestigio, autoridad y reconocimiento social por su actuación accesible, profesional, transparente y confiable.

efectividad en la tramitación, el acierto en las decisiones y su cumplimiento oportuno y eficaz.

Como parte importante de los mecanismos internos puestos en práctica, desde hace varios años, para gestionar la calidad en el desempeño de jueces, secretarios y demás trabajadores judiciales, se realiza la actividad de inspección y supervisión, mediante el examen periódico por jueces experimentados, debidamente seleccionados, de expedientes judiciales tramitados por los órganos judiciales del país para verificar, en ellos, el adecuado cumplimiento de los requisitos legales en los diferentes actos procesales y, en su caso, detectar las deficiencias y errores en el trabajo y efectuar los correspondientes señalamientos para su oportuna corrección.

Esta práctica ha devenido valiosa herramienta de autocontrol, susceptible aún de mejorar en su diseño, pero con evidente efectividad para incentivar y promover, en sentido general, el buen hacer en el ejercicio de la actividad judicial en el país. No obstante, dentro y fuera del sistema judicial cubano, todavía se suscitan criterios encontrados sobre la pertinencia de dicho ejercicio, puesto que, para algunos, se trata de un mecanismo invasivo de la independencia judicial.

El análisis de los preceptos legales correspondientes permite comprender que una adecuada gestión de calidad, en la actividad judicial, debe alcanzar la realización de acciones institucionales internas de supervisión e inspección —al trabajo desarrollado por jueces y secretarios—, para verificar si, en efecto, desempeñan la función que tienen encomendada, en correspondencia con los requerimientos cualitativos establecidos en las disposiciones normativas y los procedimientos internos y, en caso contrario, hacer los señalamientos correspondientes que les permitan enmendar las deficiencias y errores en su labor.

Al analizar el desempeño de los tribunales, puede apreciarse que, aun cuando en muchos de los tribunales del país existen resultados positivos, en los aspectos señalados, no ocurre de la misma forma en todos. En algunos, se han detectado deficiencias y dificultades en el cumplimiento de las funciones, por parte de jueces y secretarios judiciales.⁶

La existencia de esas debilidades e insuficiencias ponen de manifiesto, entre otras causas, lagunas y vulnerabilidades en los mecanismos institucionales diseñados para promover, propiciar e incentivar el buen desempeño de los recursos humanos, la integralidad, la coherencia y la armonía de los esfuerzos organizacionales, para gestionar la calidad en todo el ámbito de actuación del servicio de impartición de justicia.

Las acciones intencionadas para procurar resultados cualitativos superiores, en el cumplimiento de su función por los tribunales de justicia cubanos, se han centrado, en los últimos años, en la identificación de elementos

⁶ Informe de rendición de cuenta del TSP a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), p. 8.

y factores claves para medir y controlar la efectividad en el desempeño de los órganos jurisdiccionales y de sus integrantes y, consecuentemente, en el diseño e implementación de métodos y herramientas propiciadores y motivadores del buen hacer colectivo e individual.

Con el objetivo⁷ de garantizar, mediante la actuación judicial, el cumplimiento de los preceptos constitucionales y demás disposiciones legales vigentes, y consolidar la calidad de servicio y la práctica judiciales con la efectividad en la tramitación, el acierto en las decisiones y su cumplimiento oportuno y eficaz, se ha estructurado un sistema permanente de gestión de la calidad, que tiene como componentes esenciales los siguientes:

- a) Inspección periódica de expedientes y actos judiciales en cada tribunal del país por un equipo de jueces experimentados, previamente seleccionados y designados.
- b) Atención pormenorizada de los planteamientos, quejas y denuncias recibidas de los ciudadanos y las instituciones.
- c) Evaluación sistemática del desempeño individual de jueces, secretarios y personal auxiliar.
- d) Despliegue de una estrategia permanente de capacitación y formación intencionada y personalizada, a partir de las necesidades concretas identificadas.

Los resultados del quehacer interno de control, supervisión e inspección, desplegado en todo el ámbito del STP, y los elementos y valoraciones recibidos por los canales de retroalimentación implementados a nivel institucional, permiten identificar los principales problemas y dificultades que afectan la calidad de la labor jurisdiccional de los tribunales en el país, de la forma siguiente:

1. Demoras injustificadas en la realización de trámites procesales y la elaboración de resoluciones judiciales.
2. Falta de solemnidad y puntualidad en la celebración de juicios y otros actos judiciales.
3. Deficiente cumplimiento de procedimientos establecidos e inobservancia de derechos y garantías de los involucrados en los asuntos.
4. Superficialidad y falta de objetividad y de racionalidad en la adopción de decisiones y resoluciones judiciales.
5. Insuficiente claridad y argumentación en la redacción de sentencias.
6. Trato descortés e insensible hacia las personas que acuden, por cualquier razón, a las sedes de los tribunales.
7. Faltas éticas graves e ilegalidades cometidas por jueces, secretarios judiciales y personal auxiliar.

La existencia de las expresadas disfunciones profesionales constituyen nichos de ineffectividad que distorsionan y desvirtúan la adecuada pres-

⁷ Proyecciones estratégicas del Sistema de Tribunales Populares hasta el año 2020.

tación del servicio público que implica el ejercicio de la función judicial, y provocan desconcierto, molestia y desconfianza en una parte de la ciudadanía, que se ve afectada por esas inconsecuencias.

Por otra parte, se manifiestan fisuras en los procesos de dirección y control, y debilidades en los mecanismos institucionales concebidos para gestionar la calidad y asegurar el debido desempeño de jueces, secretarios y personal auxiliar de los tribunales.

Las funciones de dirección, supervisión e inspección, ejercidas por los tribunales superiores sobre la actividad jurisdiccional de los tribunales inferiores, contribuyen a garantizar el cumplimiento de la legalidad en la actuación judicial y son compatibles con la vigencia del principio de independencia judicial.

Las principales debilidades identificadas en la implementación del sistema de gestión de la calidad, en los órganos jurisdiccionales cubanos, se asocian con algunas insuficiencias en los mecanismos del control interno, la organización, la gestión de los recursos humanos, el aseguramiento financiero y material, y la comunicación y el uso de la tecnología. Entre esas debilidades, están:

1. La escasa preparación y la irresponsabilidad en la actuación de algunos jueces y secretarios judiciales, junto con insuficiencias en el control y la exigencia de una parte de los directivos, son las principales causas y condiciones que propician las deficiencias que se detectan en la labor judicial en el país.
2. La gestión de calidad, como eje transversal del ejercicio de la función judicial, requiere de una adecuada regulación jurídica, vinculada con la organización, estructura y funcionamiento de los tribunales de justicia del país.
3. Las experiencias obtenidas en la aplicación de las regulaciones del CGTSP, sobre buenas prácticas y procedimientos judiciales, deben constituir premisas para futuras modificaciones de la normativa vinculada con la actividad judicial en el país.
4. El perfeccionamiento de la gestión de calidad en el ejercicio de la función judicial en Cuba, a partir de una concepción sistémica de sus componentes, constituye el presupuesto fundamental para fortalecer la eficacia de la labor judicial.
5. La dirección del TSP debe actualizar y perfeccionar la metodología vigente para el desarrollo de la actividad de inspección y supervisión en los tribunales populares, a los efectos de imprimirle mayor intencionalidad, objetividad y eficacia a las acciones que se realizan e identificar, con más precisión, las deficiencias en el desempeño de jueces, secretarios judiciales y auxiliares; y depurar responsabilidades o diagnosticar necesidades concretas de capacitación o formación de los directivos, jueces y secretarios judiciales a quienes se les hayan señalado deficiencias relevantes en su trabajo.

6. De igual modo, la dirección del TSP debe implementar medidas inmediatas en todo el sistema, para reforzar y jerarquizar los mecanismos de atención a las quejas, denuncias y planteamientos de la población, y profundizar en la captación y análisis de las señales y tendencias que se ponen de manifiesto en los resultados de esta actividad, su utilización para la toma de decisiones y la mejoría de la calidad del STP.
7. Es imprescindible reforzar, en todos los cuadros, jueces y secretarios judiciales de los tribunales, el sentido de la responsabilidad y del deber que tienen de prevenir y combatir resueltamente cualquier manifestación de indisciplina, ilegalidad o actos de corrupción judicial, para lo cual deben enfocarse en aspectos como:
 - Percepción del riesgo de que ocurran estas manifestaciones en cualquier colectivo de los órganos jurisdiccionales.
 - Actualización permanente de las medidas previstas para evitar que ocurran acciones de esa índole y el control sistemático de su cumplimiento.
 - Fomentar el clima de orden, disciplina, exigencia en los colectivos, a partir de la ejemplaridad personal en el cumplimiento del deber.

Sintetizando valoraciones sobre el funcionamiento del sistema de evaluación del desempeño de jueces y secretarios judiciales, se considera que los órganos de dirección del TSP y de los tribunales provinciales y municipales deben resolver, de manera definitiva, las deficiencias que subsisten en los procesos de evaluación del desempeño, en particular en cuanto a los siguientes aspectos:

- Falta de objetividad y exceso de paternalismo en la medición del cumplimiento de los indicadores establecidos.
- Omisiones de señalamientos relevantes en el complemento textual de la evaluación, referidos a problemas de calidad detectados en la labor individual.
- Imprecisiones y falta de intencionalidad, al formular las recomendaciones a los evaluados.

Resulta particularmente importante revisar los aspectos a evaluar, priorizar la esencia del desempeño por la justicia, y concederle mayor importancia a las recomendaciones de los procesos evaluativos que a las calificaciones que se otorgan. Es menester, además, reevaluar el alcance de las evaluaciones, la forma en que se realizan, capacitar y acreditar a los evaluadores, como corresponde, para que el STP, en conjunto, contribuya a elevar los niveles de calidad y se cierren las puertas a la superficialidad, la corrupción y la injusticia.

Como propuestas concretas que permitan la necesaria transformación y el perfeccionamiento de la gestión de la calidad de la actividad jurisdiccional, se plantean las siguientes:

1. En los procesos de rendición de cuenta, propiciar el intercambio con diputados, delegados y electores, que permita conocer, con mayor pro-

- fundidad, la percepción de la ciudadanía sobre la labor de los tribunales populares.
2. Perfeccionar las acciones de seguimiento y monitoreo del CGTSP sobre los tribunales populares, para identificar los aspectos de la práctica judicial que requieren de estandarización.
 3. Actualizar y perfeccionar, en lo pertinente, la metodología para el desarrollo de la actividad de inspección y supervisión en los tribunales populares.
 4. Implementar medidas inmediatas en todo el Sistema para reforzar la eficacia de los mecanismos de atención a las quejas, denuncias y planteamientos de la población.
 5. Consolidar la conducta ética e incorruptible de directivos, jueces, secretarios y demás trabajadores de los tribunales.
 6. Fortalecer y profundizar los intercambios de trabajo con la Fiscalía General de la República y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, en todos los niveles del STP.
 7. Imprimir mayor intencionalidad en las acciones de capacitación y formación de jueces, secretarios judiciales y auxiliares, en correspondencia con las necesidades identificadas por los otros subsistemas de gestión de la calidad.
 8. Lograr mayor objetividad e integralidad en los procesos de evaluación del desempeño de directivos, jueces y secretarios judiciales.
 9. Actualizar y perfeccionar los sistemas de trabajo, para gestionar la planificación, información, comunicación y gestión documental, que resultan indispensables para la toma de decisiones encaminadas a alcanzar las metas y objetivos de la institución.
 10. Preparar y acondicionar los recursos humanos y la base tecnológica de los tribunales populares, para la asimilación del sistema de informatización de la actividad judicial, actualmente en fase inicial de implementación.
 11. Sistematizar, en la gestión de dirección, el análisis regular y periódico del comportamiento de los costos de los procesos judiciales.
 12. Elaborar y presentar a la ANPP el anteproyecto de una nueva Ley de tribunales populares y su Reglamento.
 13. Impulsar, mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa u otros medios pertinentes, las reformas de las normas procesales vigentes.

CONCLUSIONES

A modo de resumen, resulta pertinente reiterar el criterio de que es totalmente insostenible, en nombre de una supuesta concepción democrática del Derecho y la justicia, esgrimir la vigencia del principio de independencia de los jueces, como manto protector al libre albedrío, la anarquía y la

irresponsabilidad en el desempeño de esa trascendente función. La actuación transparente, imparcial, accesible y responsable de los jueces, de cara a la ciudadanía, a la que se deben, como servidores públicos, es el único modo verdaderamente democrático de impartir justicia y de ganar confianza y prestigio ante la población, sin comprometer la independencia de los juzgadores para cumplir su función.

Por otra parte, el juez que se precia de actuar con verticalidad ética y profesional, sabe que tiene, en sí mismo, al principal garante de su independencia para juzgar. Si en su fuero interno resulta influenciable o corrupto, ninguna barrera normativa o institucional impedirá que ceda ante presiones, sobornos o intentos de predisponer su juicio crítico, y tendrá que lidiar indefectiblemente con ellos, mientras ejerza la profesión.

Los análisis realizados confirman la hipótesis que guió la investigación y permitieron arribar a las siguientes conclusiones:

1. La concepción tradicional sobre el desempeño de la función judicial se ha enfocado más en asegurar las garantías y derechos de los jueces que de los justiciables, amparándose para ello en la interpretación hipertrofiada sobre la vigencia y alcance del principio de independencia judicial.
2. La vigencia y alcance del principio de independencia judicial no puede ni debe colisionar con los presupuestos de efectividad del ejercicio de la función judicial ni con las garantías y derechos de los justiciables.
3. La gestión de la calidad es una herramienta conceptual y práctica imprescindible para el ejercicio efectivo de la función judicial, concebida como servicio público, que exige el mejoramiento continuo de su desempeño para satisfacer las necesidades de la sociedad y los ciudadanos, en correspondencia con el contenido de la Constitución y las leyes.
4. La gestión de la calidad del sistema judicial no abarca solamente la calidad profesional; debe integrar la calidad de la organización, sus objetivos, estrategias, procesos, control y la cooperación con otros actores implicados.
5. La gestión de calidad en la labor del sistema judicial debe trascender las valoraciones inherentes a la solución de los recursos procesales, e incorporar mecanismos de verificación del desempeño de los jueces y secretarios judiciales, en cuanto a elementos medulares de estas funciones, tales como: imparcialidad, integridad, profesionalidad, cumplimiento de los términos, transparencia, debido proceso e independencia judicial.
6. La gestión de calidad en la impartición de justicia en Cuba debe asumirse como un proceso constante de perfeccionamiento de la actuación de

- los tribunales, basado en los principios político-jurídicos y deontológicos que legitiman su implementación.
7. El análisis del funcionamiento de los tribunales cubanos permite identificar, como componentes esenciales de la gestión de la calidad, los siguientes: rendición de cuenta a las asambleas del Poder Popular; regulaciones del CGTSP sobre la estandarización de buenas prácticas y procedimientos; inspección y supervisión; atención a quejas, denuncias y planteamientos de la población; gestión del comportamiento ético del personal judicial; formación y preparación de jueces, secretarios judiciales y auxiliares; y evaluación del desempeño de estos.
 8. Los presupuestos constitucionales y legales cubanos, las concepciones deontológicas sobre el ejercicio de la función de impartir justicia y la implementación del control como elemento indispensable para garantizar la calidad en el desempeño de esta, enmarcan y determinan la adecuada armonización entre el principio de independencia judicial y la gestión de la calidad en el desempeño de la función judicial en Cuba.
 9. El sistema de gestión de la calidad de los tribunales en Cuba deberá homologarse conforme a las normas y estándares nacionales e internacionales y contar con una metodología propia, debidamente certificada, que permita elevar los niveles de calidad, para garantizar la función suprema de impartir justicia, que establece para los tribunales la Constitución de la República.
 10. La integración de cada uno de los componentes de la gestión de la calidad, los fundamentos que informan al sistema y las medidas que garanticen la obtención de los resultados proyectados debe constituir el pilar fundamental de su perfeccionamiento, en armonía con el principio de independencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Informe de rendición de cuentas del TSP a la Asamblea Nacional del Poder Popular*, La Habana, 2011.
- Kliksberg, B.: «Perspectivas de la gerencia en los años 90», en *Pensamiento Iberoamericano*, no. 9, México, 1991.
- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, Editora Política, La Habana, 2011.
- Martínez Fresneda, Gonzalo: «La responsabilidad de los jueces», en *Claves*, Barcelona, 1989.

EL SISTEMA JUDICIAL CUBANO: TRANSFORMACIONES Y EVOLUCIÓN (1959-1976)

M.Sc. Yanet Pérez Góngora¹
presidenta, TMP de Holguín

EXISTE UN CONSENSO bastante generalizado en la comunidad de historiadores en cuanto a periodizar la historia nacional en tres grandes períodos: Colonia, República y Revolución en el poder. Cada uno de ellos está signado por el tipo de régimen sociopolítico y administrativo imperante. Este tipo de periodización puede ser asumida, sin grandes contradicciones, para realizar un estudio del sistema judicial, incluida la historia de los tribunales de justicia, con las continuidades y rupturas existentes.

La función fundamental de los tribunales de justicia, en cada uno de los períodos señalados, ha sido «[...] aplicar las normas procesales y sustantivas vigentes al caso particular y hacerlo libre de influencias ajenas a su propia conciencia y al criterio que, personalmente y de acuerdo [con] la Ley, se hayan formado en relación con el asunto [...]»;² sin embargo, esta no es una tarea fácil al incidir en ella múltiples factores objetivos y subjetivos que abarcan el tipo de sistema político, los intereses de clase y la postura cívico-moral. Estos aspectos solo logran eliminarse, cuando se tiene un tribunal que funcione colegiadamente en todos los asuntos e instancias y las decisiones sean colectivas y consensuadas.³

Sin lugar a duda, el sistema judicial en Cuba tiene una amplia historia, pero no existe ninguna bibliografía que recoja su sistematización, en especial sobre la organización y funcionamiento de los tribunales, lo que indudablemente reviste especial importancia, ya que es la base para emprender mejor los desafíos futuros y las transformaciones que el desarrollo socio-jurídico va imponiendo al país.

DE 1812 A 1958

La Constitución de Cádiz, de 1812, fue la primera Carta Magna que se conociera y se aplicara en Cuba y que sirvió, además, para que esos princi-

¹ Tutor: Dr. Santiago A. Bahamonde Rodríguez.

² Tribunal Supremo Popular (TSP): *Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales*, p. 1.

³ *Ibid.*, p. 3.

pios constitucionalistas se impregnaron en el pensamiento de los cubanos, como se evidenció con las constituciones redactadas por los mambises, inmediatamente que se iniciaron las luchas por la liberación nacional, en la segunda mitad del siglo XIX.

El mayor aporte que nos dejó la Constitución de Cádiz fue la separación de la jurisdicción militar de la civil, y que esta fuera ejercida por jueces de letras; pero de manera institucional, la organización de justicia en Cuba permaneció con la concentración de poderes en el capitán general de la isla.

Solo en los últimos años del siglo XIX, se comienza a hablar de la separación de poderes y de la independencia del poder judicial, proclamado en las constituciones mambisas, y se enarbola un poder judicial independiente del resto de los poderes, lo que es retomado en las constituciones de 1901 y 1940. Su aplicación fue difícil, bajo las condiciones de la lucha insurreccional, pues, en la práctica, funcionaban los consejos de guerra y los prefectos y subprefectos que, además de funciones judiciales, cumplían funciones administrativas y de gobierno; de modo que la independencia del poder judicial, proclamada constitucionalmente, fue solo de manera formal.

El estudio y comparación de las constituciones de 1901 y 1940 permite conocer la gran significación que tuvieron para el sistema judicial, pues en ellas se dispuso, con mucha firmeza, la independencia de este, y se instituyó, como función del Tribunal Supremo, velar por la constitucionalidad de las leyes y su cumplimiento. La de 1940 creó, incluso, un Tribunal de Garantías Constitucionales —el que, además de conocer asuntos de inconstitucionalidad, conocía las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, los recursos de *habeas corpus* por vía de apelación, no cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades o tribunales— y abarcó cuestiones jurídico-políticas, de legislación social y los recursos contra los abusos de poder.⁴

En esencia, durante el período interventor y el republicano, aunque no se asumieron grandes cambios para el sistema judicial, sí se introdujeron modificaciones importantes en la estructura y organización de los tribunales, con la creación de nuevos órganos judiciales, como el Tribunal Supremo de Justicia y los juzgados correccionales. Es en esta etapa donde se materializa la independencia funcional del poder judicial, proclamada en ambas constituciones.

TRANSFORMACIONES Y EVOLUCIÓN: 1959-1976

Con la Revolución en el poder, el primer aporte en el entorno judicial es la creación de los Tribunales Revolucionarios, establecidos para juzgar a los

⁴ Constitución de la República de Cuba, Artículo 182.

individuos que habían cometido horribles crímenes amparados en el poder que ostentaban, bajo la tiranía de Batista.

Ya en 1962, el Comandante en Jefe Fidel Castro dio, a estudiantes y profesores de la Universidad de La Habana, la tarea de hacer un estudio para crear unos tribunales que unificaran todas las jurisdicciones existentes hasta ese momento y que el pueblo participara activamente en la impartición de justicia. A partir de ahí, fueron creados los tribunales de base o experimentales, integrados totalmente por jueces legos. A la par de estos tribunales, continuaban ejerciendo su jurisdicción los tribunales ordinarios, por lo que se hacía necesario unificar todas esas jurisdicciones y garantizar la aplicación uniforme de la justicia en el país.

En el ámbito del proceso de perfeccionamiento del sistema de justicia, el 23 de junio de ese propio año, se había promulgado la Ley de organización del sistema judicial, que dio respuesta a la necesidad de unificar las distintas jurisdicciones entonces existentes en un sistema judicial único.

Las bases organizativas esenciales instituidas para los tribunales fueron: carácter colegiado e integración por jueces profesionales y legos en las diferentes materias, todos electivos, responsables y revocables. Esta ley reguló la organización, estructura y funciones del Sistema de tribunales en Cuba y les dio amplia participación a los jueces legos en la impartición de justicia.

Los jueces legos, en el socialismo, desempeñan un papel y asumen una significación distinta a la que tenían en la pasada sociedad burguesa. Su participación en la impartición de justicia ejerce, además, un control popular que es palpable cuando son los propios ciudadanos de cada demarcación territorial donde se asienta el órgano juzgador. Son parte importante en la toma de decisiones y dan legitimidad al sistema y fuerza normativa a sus decisiones, pues no solo se limitan a emitir un veredicto, sino que sus funciones se extienden a la aplicación del Derecho y a la determinación de la pena o medida a imponer, con lo cual disminuyen drásticamente los errores en la valoración de las pruebas. Tal participación popular es material, efectiva y no formal, puesto que participar es tomar parte o formar parte de algo, es decir, tener acceso a esas decisiones, lo que constituye una interacción sostenida del foro de justicia con la comunidad.⁵

Por ello, se puede afirmar que, con la Revolución, el sistema de justicia se transforma de manera significativa, en función de que los jueces cubanos «[...] debemos tener presente que no actuamos a título personal sino por mandato de la sociedad, es decir, del pueblo [...]».⁶

⁵ Fernando Menéndez y Cenía González Menéndez: *Participación popular en la aplicación de la justicia penal en Cuba*, p. 8.

⁶ TSP: *Importancia del interés social...*, p. 3.

Los tribunales populares de base estaban integrados por tres jueces legos, uno de los cuales era su presidente, en las zonas o localidades en que funcionaron, según las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo. Tenían a su cargo conocer y fallar los delitos leves (los sancionados hasta con seis meses, o con multa hasta de 180 cuotas), las contravenciones y los asuntos civiles que les asignaban las leyes. Sus sentencias eran apelables ante los tribunales regionales correspondientes.⁷

Los tribunales regionales populares actuaban en las regiones en que se dividían las provincias. Estaban integrados por un presidente, dos jueces profesionales y cuatro legos y se desempeñaban en dos salas de justicia, una de lo penal y otra de lo civil; contaban, además, con un Consejo de Gobierno.⁸ En lo penal, conocían y fallaban los delitos menos graves (los sancionados hasta con seis años) y, en lo civil, los asuntos que la ley les asignaba. Sus fallos eran recurribles ante el tribunal provincial correspondiente.⁹

Había seis tribunales provinciales, en correspondencia con la división político-administrativa de entonces, y radicaban en las capitales provinciales. Cada uno tenía su Consejo de Gobierno, una o más salas de lo criminal, una de lo civil y de lo administrativo y una de delitos contra la seguridad del Estado.¹⁰ Cada sala contaba con tres jueces profesionales y dos legos, más un presidente. En lo penal, conocían de los delitos graves (los sancionados con muerte o privación de libertad mayor de seis años); en lo civil y lo administrativo, de los asuntos que les asignaban las leyes; y la sala restante atendía los delitos contrarrevolucionarios. Los fallos de todas las salas eran recurribles ante el Tribunal Supremo.¹¹

También según estableció la Ley de organización del sistema judicial, en la capital de la República funcionaba el Tribunal Supremo, con jurisdicción sobre todo el territorio nacional, el que contaba con un Consejo de Gobierno, una sala de lo criminal, otra de lo civil y de lo administrativo, otra de delitos contra la seguridad del Estado y una de lo militar.¹²

Los juzgados municipales y correccionales que funcionaron hasta ese momento desaparecieron, y asumieron sus funciones los tribunales populares de base. Asimismo, las funciones de los juzgados de primera instancia fueron asumidas por las salas de lo civil de los tribunales regionales.

⁷ Artículos 45 y 46, Ley de organización del sistema judicial.

⁸ *Ibid.*, Artículo 21.

⁹ *Ibid.*, artículos 41 y 42.

¹⁰ *Ibid.*, Artículo 20.

¹¹ *Ibid.*, artículos 34 y 35.

¹² *Ibid.*, Artículo 19.

Los juzgados de instrucción fueron suprimidos definitivamente sin que se les proveyera de sustitutos.¹³

Todos los cargos de jueces eran electivos y a término. Los del Tribunal Supremo serían elegidos por el Consejo de Ministros; los profesionales, libremente; los de la Sala de lo Militar, a propuesta del ministro de las Fuerzas Armadas; y los legos se seleccionaban a partir de las listas que proponían las direcciones nacionales del Partido Comunista de Cuba, la Unión de Jóvenes Comunistas y las organizaciones sociales.¹⁴

Los jueces de los tribunales provinciales y regionales¹⁵ eran elegidos por una asamblea especial convocada a ese fin, integrada por el Comité Provincial o Regional del Partido Comunista de Cuba, la que presidía el primer secretario, e igual número de delegados al de las regiones de la provincia y al de los municipios de la región, designados por cada una de las direcciones provinciales o regionales de las diferentes organizaciones existentes: Unión de Jóvenes Comunistas, Central de Trabajadores de Cuba, Federación de Mujeres Cubanas, Comités de Defensa de la Revolución, Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, Federación Estudiantil Universitaria y Unión Nacional de Juristas.¹⁶ Los jueces de los tribunales populares de base eran elegidos por asambleas de vecinos, de los barrios o localidades donde radicaban esos tribunales.¹⁷

El presidente del Tribunal Supremo era designado por el presidente de la República, asistido del Consejo de Ministros, el cual designaba a los presidentes de salas y demás jueces de este tribunal,¹⁸ y el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo seleccionaba, libremente, a los presidentes de los tribunales provinciales y regionales¹⁹ y a sus respectivos presidentes de salas, quienes eran escogidos entre los jueces profesionales elegidos en cada provincia o región.²⁰ Esos cargos no podían ser ocupados por los no profesionales o no abogados.

¹³ A partir de este momento, la instrucción —es decir, investigación de los delitos y sus autores— se confiaría a los cuerpos policíacos, cuyos desarrollos y adelantos técnicos les permitirían ganar todos los días la batalla contra el crimen, labor que efectuarían con la asistencia de los fiscales, lo que corroboraba la ley en el Artículo 129, al enumerar las funciones de ese importante órgano del poder revolucionario. (Eloy G. Merino Brito: *La organización del sistema judicial cubano*, p. 75).

¹⁴ Artículos 77-79, Ley de organización del sistema judicial.

¹⁵ *Ibid.*, artículos 80-82.

¹⁶ La Ley creó la Unión Nacional de Juristas, que agrupaba a todos los abogados cubanos, y se regía por sus Estatutos. Era gobernada por un órgano colegiado, elegido por sus propios miembros. (*Ibid.*, Artículo 177).

¹⁷ *Ibid.*, Artículo 81.

¹⁸ *Ibid.*, artículos 77 y 78.

¹⁹ *Ibid.*, Artículo 80.

²⁰ *Ibid.*, Artículo 82.

Respecto a los presidentes del Tribunal Supremo y de los tribunales provinciales y regionales, la Ley empleaba otros términos, al expresar que serían designados «libremente» por el presidente de la República o por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, según el caso.

Por todo ello, puedo afirmar que el período revolucionario se caracterizó por desarrollar el proceso de institucionalización. La administración de justicia no se quedó rezagada y dio un salto cualitativamente superior, principalmente en cuanto a la organización y funcionamiento de los tribunales. Se crearon los tribunales populares, como órganos colegiados y, de esta manera, se incorporó la participación popular en la administración de justicia, mediante los jueces legos. Se introdujo, también, el principio de jueces electos, revocables y responsables. Asimismo, se logró unificar las distintas jurisdicciones entonces existentes en un sistema judicial único que garantizara la aplicación uniforme de la justicia en todo el país.

CONCLUSIONES

1. La organización de la administración de justicia en Cuba, durante la época colonial, mantuvo la estructura heredada del modelo español del antiguo régimen, con la convivencia de jueces legos y profesionales, aunque con una tendencia creciente al predominio de los segundos, la unión de facultades ejecutivas y judiciales en la persona del capitán general y una burocratización extrema de la administración de justicia, caracterizada por la arbitrariedad y la lentitud de los procedimientos.
2. En las últimas décadas del siglo XIX —siguiendo los paradigmas del pensamiento liberal burgués, emanados de las revoluciones norteamericana y francesa—, comenzó a implementarse en Cuba la idea de la separación de poderes y de la independencia del poder judicial, proclamado en las constituciones mambisas y en la española de 1876, lo que supuso una transformación esencial en las bases de la organización de la administración de justicia, que abandonó varios de los elementos esenciales que caracterizaban a este sistema bajo el antiguo régimen. No obstante, la influencia española siguió siendo predominante, lo que conllevó a una creciente profesionalización de la carrera judicial, y al mantenimiento de varios elementos, sobre todo en materia de procedimiento.
3. Durante los períodos interventor y republicano, la administración de justicia continuó funcionando sobre la base de las instituciones establecidas en Cuba a finales del siglo XIX. La creación de nuevos órganos de administración de justicia, como el Tribunal Supremo, supuso el reconocimiento de una jurisprudencia cubana, aunque no afectó esencialmente la organización de este sistema. Sus paradigmas esenciales —la

división de poderes, la independencia del poder judicial y la profesionalización de los jueces— se mantuvieron inalterables, tal como expresó la Ley orgánica del poder judicial, que se mantuvo vigente durante más de medio siglo.

4. Durante la etapa de provisionalidad revolucionaria, la organización de la administración de justicia sufrió un sensible retroceso, como consecuencia del momento histórico y de las necesidades de la Revolución triunfante. En consecuencia, desapareció la independencia del poder judicial y la división de poderes y se atemperó considerablemente la profesionalidad de la carrera judicial. Además, la estructura de los tribunales se vio sensiblemente alterada con la creación de nuevas instancias, algunas de ellas de carácter experimental, como los tribunales populares de base, las cuales no estaban originalmente previstas, ni en la ley fundamental de 1959 ni en la Ley orgánica del poder judicial.
5. En los años setenta, como consecuencia del proceso de institucionalización, se llevó adelante una profunda reforma en la administración de justicia, para adecuarla a las condiciones de una sociedad en vías de construir el socialismo. En este sentido, se rescató la independencia funcional de los tribunales, en el sentido de que solo deben obediencia a la ley, y se asumió una composición mixta de estos, sobre la base de jueces profesionales y legos, con vistas a darle un carácter más democrático a la administración de justicia. La Ley de organización del sistema judicial, de 1973, trató de crear una administración de justicia más moderna, donde la participación popular, fruto de las experiencias de los años sesenta, fuera un elemento esencial que garantizara el logro de una sociedad verdaderamente socialista.
6. En la etapa revolucionaria, sobre todo a partir de 1973, se produce un salto cualitativo en cuanto a la administración de justicia, al dársele un nuevo contenido a la vieja noción de la independencia de la función judicial y establecerse, por primera vez en nuestro país, la elegibilidad de los jueces y la participación popular, mediante jueces legos.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Álvarez, Homero: Conferencia impartida en el VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 23 de mayo de 2012.

Aguilera de Paz, Enrique: *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, t. 1, Hijos de Reus editores, Madrid, 1912.

Álvarez-Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución socialista*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1981.

_____: *El Constitucionalismo en Cuba*, Universidad de La Habana, 1966.

_____: *Teoría e Historia de la Constitución cubana*, Universidad de La Habana, 1964.

«Apertura del año judicial 1972-1973. Discursos del presidente del Tribunal Supremo (Enrique Hart Ramírez) y del fiscal general de la República (José Santiago Cuba)», en *Revista Cubana de Derecho*, año 1, no. 3, La Habana, diciembre de 1972.

Buch, Luis M. y Suárez Reinaldo: *Gobierno Revolucionario cubano, primeros pasos*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009.

Cañizares Abeledo, Diego F.: «El procedimiento correccional en Cuba. Estudio crítico», en *Revista Cubana de Derecho*, año 1, no. 2, La Habana, octubre de 1972.

Carrera Jústiz, Francisco: *Introducción a la historia de las instituciones locales en Cuba*, t. 2, La Moderna Poesía, La Habana, 1905.

Cejas Sánchez, Antonio: «La peligrosidad social predelictiva», en *Revista Cubana de Jurisprudencia*, no. 8, La Habana, agosto de 1962.

Constitución de la República de Cuba, Cultural S.A., La Habana, 1940.

Cuba Fernández, José S.: «El Día del Trabajador Jurídico», en *Revista Cubana de Derecho*, año 3, no. 8, La Habana, junio-diciembre de 1974.

De la Fuente, Jorge: *Análisis constitucional desde Jimaguayú hasta el 40*, Editorial de Ciencias sociales, La Habana, 1989.

«Discurso pronunciado por Armando Hart Dávalos en el acto conmemorativo del 40 aniversario de la denuncia de los crímenes de la tiranía de Batista, efectuada por los funcionarios judiciales ante el Tribunal Supremo», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 13, La Habana, enero-junio de 1999.

Fernández Bulté, Julio: *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

Fuentes Menéndez, Fernando y Cenia González Menéndez: *Participación popular en la aplicación de la justicia penal en Cuba*, Tribunal Supremo Popular, 2008.

Hernández Barrero, Juan Bautista: *Discurso del presidente del Tribunal Supremo, leído en el acto de la solemne apertura de los tribunales el día primero de septiembre de 1910*, La Moderna Poesía, La Habana, 1910.

Hernández Corujo, Enrique: *Historia constitucional de Cuba*, t. 1, Co. Editora de Libros y Folletos, La Habana, 1960.

«Ley de organización del sistema judicial», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 23 de junio de 1973.

«Ley de organización del sistema judicial», 2.^a ed., Editorial Orbe, La Habana, 1974.

Merino Brito, Eloy G.: «La organización del sistema judicial cubano», en *Revista Cubana de Derecho*, año 1, no. 2, La Habana, octubre de 1972.

Tribunal Supremo Popular: *Enrique Hart Ramírez, maestro de jueces y de hombres*, La Habana, 2010.

_____: *Francisco Varona Duque de Estrada, el sentido de la vida*, La Habana, 2012.

_____: *Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales*, La Habana, mayo de 2000.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

M.Sc. Amaro Cabrera Calero
presidente, TPP de Matanzas¹

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA en la administración de justicia posibilita a los miembros de una sociedad determinada que, con un papel protagónico, se conviertan en actores importantes de las decisiones judiciales que se adoptan, y permite el necesario control popular que debe tener esa importante función que se ha encargado a los tribunales.

La intervención de los ciudadanos en los actos de impartir justicia, no solo en Cuba, sino en el mundo, constituye, además, de una necesidad política, una necesidad jurídica, toda vez que la profesionalización en el ejercicio de la función judicial no es garantía absoluta de un criterio popular de la justicia en el ejercicio de aquella.

No obstante, el acercamiento a este asunto es polémico porque se relaciona con distintas y enfrentadas concepciones de la administración de justicia: una concepción aristocrática de la justicia, frente a una democrática, las cuales han sido explicadas con profundidad por estudiosos de la academia cubana, como Juan Mendoza Díaz,² Mayda Goite Pierre,³ Fernando Diego Cañizares Abeledo⁴ y Danilo Rivero García;⁵ mientras que, en el entorno iberoamericano, ha existido una fuerte producción de esa naturaleza, en tanto muchos autores también han profundizado al respecto.⁶

Empero, y a pesar de la vasta experiencia y larga historia que tiene la participación ciudadana en la administración de justicia en el mundo contemporáneo y, en nuestro país, todavía no se asimila, a plena conciencia, su concepto y necesidad de instrumentación, por lo que el principal objetivo de este trabajo es ofrecer un acercamiento al asunto y la expresión de esta en el

¹ Tutora: M.Sc. Joanna González Quevedo.

² Juan Mendoza Díaz: «Principios del proceso penal».

³ Mayda Goite Pierre: «La participación ciudadana en la administración de justicia. Un reto para las reformas procesales en América Latina».

⁴ Fernando Diego Cañizares Abeledo: «El juez no profesional».

⁵ Danilo Rivero García: «Participación popular en el proceso penal: el juez lego en el modelo cubano».

⁶ Entre ellos, Julio B. J. Maier: *Derecho procesal penal argentino*, t. 1 (vol. b), 2.^a ed., pp. 499-510.

texto constitucional cubano, cuyo Artículo 124 establece la participación de los jueces legos en los actos de impartir justicia, como uno de los pilares que garantizan el carácter democrático del sistema judicial cubano.

CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El concepto de participación ciudadana está estrechamente relacionado con dos de los anhelos del ser humano: el reconocimiento de la identidad y el derecho del individuo —formalmente anónimo, pero verdadero protagonista de la historia— de poder intervenir e influir en la toma de decisiones que afecten su vida cotidiana.

Entendiendo la participación ciudadana como la presencia de los individuos en los asuntos públicos, lo cual es una condición necesaria para alcanzar la gobernabilidad democrática, esta representa un factor prioritario en el control de la gestión del Estado, y en la lucha de la administración de justicia en busca de un bien social.⁷

La participación ciudadana en la administración de justicia se presenta como un valladar a la típica tendencia endogámica del sistema judicial, de forma tal que la presencia de los ciudadanos, no como espectadores, sino como protagonistas en el acto de la aplicación de la ley, garantiza que esta función, que es esencialmente técnica y profesionalizada, no se aparte de la «temperatura» de la sociedad.

El término *participación* significa la intervención más o menos directa que se tiene en la realización de una cosa o en la consumación de un hecho; mientras, por *ciudadana* —que califica a la otra—, se entiende que es perteneciente o relativo a los ciudadanos.

Al respecto, el Derecho público percibe el término *participación* como aquel mecanismo consistente en tomar parte en alguna actividad pública, y *participación ciudadana*, como aquellas modalidades relacionadas con el ejercicio del poder estatal que permiten el protagonismo directo del ciudadano en el proceso de toma de decisiones.

⁷ Joanna González Quevedo: «Bases jurídicas, desde la participación ciudadana, para el empoderamiento político. Estudio de los actuales modelos constitucionales de Venezuela, Bolivia y Ecuador». La autora recoge una profusa bibliografía al respecto. Se destacan: Martha Harnecker: «Gobiernos locales y socialismo (espacios de acumulación de fuerza y de construcción del sujeto popular)»; Mirtha A. del Río Hernández: «La participación popular en el proceso de toma de decisiones públicas en el ámbito local comunitario en Cuba. Su régimen jurídico»; Luis Aguiar de Luque: *Democracia directa y Estado constitucional*; Juan Ferrando Badía: *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos, el democrático, el social-marxista y el autoritario*; Norberto Bobbio: *El futuro de la democracia*; y Julio Fernández Bulté: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*.

La participación ciudadana es un proceso social, por el cual la población organizada accede conscientemente a la toma de decisiones. La participación comprende un proceso porque implica una acción en la historia, una sucesión de acciones en el tiempo y en el espacio; es social, por cuanto se refiere a las relaciones recíprocas de los seres humanos; además es dinámica, pues requiere movimiento, no es estática, tiene fuerza activa que se renueva continuamente.⁸

Por otra parte, la expresión *administración de justicia*⁹ significa «conjunto de tribunales de todas las jurisdicciones, cuya misión consiste en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Y, en otro orden, «potestad que tienen los jueces de aplicar las normas jurídicas a los casos particulares».¹⁰

En la doctrina se resalta, como posición mayoritaria, que la participación popular¹¹ en la administración de justicia logra su máxima expresión con la presencia de los jueces ciudadanos en la integración de los tribunales. Sin embargo, algunos autores, los menos, insisten en incluir otros aspectos: la publicidad de los debates y el ejercicio de la acción por parte de los particulares.¹²

⁸ Xiomara Escalona: «La justicia de paz y la participación ciudadana en la administración de justicia».

⁹ Según un texto del sitio web del Centro de Documentación e Información Judicial (CENDIJ) del Tribunal Supremo Popular (TSP), cuyo autor no se cita, a los procesalistas no les gusta la idea de *administración de justicia*, ya que creen —y con buenas razones— que es mezclar, en el mismo concepto, dos actividades claramente diferenciadas, aunque estas, a su vez, tengan zonas de influencia recíproca. Estiman que no conviene crear confusiones entre la administración y la jurisdicción. Por eso, tiene más acogida cierta idea de que los jueces no administran justicia, sino que imparten justicia. *Impartir* es un verbo que tiene un marcado contenido de autoridad. Se imparten órdenes, directivas, instrucciones. Uno que manda y otro obedece. Se supone, en consecuencia, que el juez tiene el imperio suficiente como para que la justicia obedezca sus directivas. Señala que el verbo *impartir* tiene, asimismo, otras connotaciones. Mediante este concepto, el juez, munido del imperio suficiente, imparte órdenes a la justicia para que se dirija hacia tal o cual dirección. La entrega (reparte) a ciertas personas que la reclaman. Por último —a los fines de esta nota—, argumenta que los jueces no tenemos la justicia acumulada en depósitos, de los cuales extraemos la porción necesaria para dársela a uno y negársela a otro. La justicia no es un bien inagotable. La justicia, en este mundo, es un recurso agotable, tan agotable como el agua potable, el oxígeno del aire, las bandas de ondas de comunicación, la tierra fértil. Suponer que los depósitos de justicia están abarrotados en forma ilimitada, y que los jueces no la entregamos, por egoísmo, desinterés, maldad o favoritismo, es ignorar la realidad.

¹⁰ M. Ossorio: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, p. 47.

¹¹ La expresión *participación popular* se utiliza como sinónimo de participación ciudadana, pues el término *popular* significa «perteneciente o relativo al pueblo»; por tanto, en la administración de justicia, es la intervención directa de este en la impartición de justicia.

¹² Agundez Fernández, Fernández Martín-Granizo y Ruiz Vadillo: *Régimen legal básico de los países iberoamericanos*, p. 159.

El acceso de la sociedad a los actos judiciales encierra, por sí mismo, su publicidad, que se manifiesta por dos vías fundamentales: el acceso directo del público a la realización de las actuaciones que se efectúan durante la tramitación de un proceso, y la posibilidad de que los medios de difusión masiva accedan a dichos actos y, con ello, a divulgar la información a la población.¹³ Pero, con la publicidad de los actos procesales no se logra que los ciudadanos se conviertan en actores importantes en las decisiones judiciales, sino que estos permanecen como meros espectadores de lo que acontece.

Autores como Goite Pierre¹⁴ señalan que no debe confundirse el principio de participación popular con el de publicidad del proceso, pues, aunque se relacionan con la presencia de la población en el proceso penal, el primero estipula la obligatoriedad de la presencia de personas ajenas a este o, al menos, un derecho susceptible de ejercitar, según lo señale la legislación para los actos determinados en ella, sin que estos participantes tengan algún tipo de interés personal o particular en el asunto; mientras que la publicidad del sistema procesal se relaciona con la transparencia en el procedimiento punitivo, sin que ello constituya una obligación social ni legal de la ciudadanía, sino una posibilidad, un acto potestativo de quienes se interesen o, incluso, de quien tenga algún ánimo personal y, por lo general, se desarrolla en lo concerniente al acto del juicio únicamente, aunque también se puede prescindir de tal presencia pública, al celebrarse ciertos actos de justicia en privado, atendiendo a razones de moralidad, orden público o seguridad ciudadana, según contemple la doctrina y la generalidad de las legislaciones que lo conciben.¹⁵

La acción, en un sentido abstracto, es la posibilidad de reclamar el movimiento de la jurisdicción por el cumplimiento de los presupuestos procesales para ello.¹⁶ En tal sentido, cuando un individuo ejercita una acción ante un órgano jurisdiccional no interviene en la administración de justicia, es decir, en la aplicación del Derecho a un caso concreto; simplemente, pone en funcionamiento la maquinaria judicial, en aras de conseguir que esta realice su función y resuelva el caso conforme a Derecho.¹⁷ Lo anterior

¹³ Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 125.

¹⁴ Goite Pierre: *Op. cit.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Juan Mendoza Díaz: «Apuntes sobre la acción», p. 24.

¹⁷ Desde otra óptica, se plantea que, en el ejercicio de la acción privada, se produce una toma de decisión por parte del involucrado, o sea, de la víctima o perjudicado que ejercita la acción, a partir de un interés particular. En este último extremo, quienes afirman que la posibilidad de sostener tal tipo de acción es una forma de participación popular argumentan que, aunque, inicialmente, se parte de un interés individual al ejercitarlo, trasciende estas fronteras y se convierte en un asunto de interés social. A ellos, se enfrentan quienes rebaten que, para sostener el interés colectivo, existe una represen-

conlleva a defender que la participación popular en la administración de justicia solo comprende la conformación de los tribunales con jueces ciudadanos, lo que puede verificarse a través de dos mecanismos fundamentales: el jurado de tipo anglosajón y el tribunal *escabinado*.¹⁸

En cuanto a los jueces ciudadanos, estos reciben diferentes denominaciones, las que están en estrecha relación con las características de la institución que, a lo largo de la historia, los autores resaltan. Así, se les llama jueces *populares*, *accidentales* o jueces *temporales*. En el primer caso, para hacer referencia al hecho de que provienen del pueblo; y, en el segundo, debido a que desempeñan su función de forma esporádica u ocasional, contrario a los jueces profesionales, que la desempeñan de forma permanente. También se les denomina *legos*, para recalcar la idea de que son ciudadanos no titulados en Derecho. No obstante, esta denominación no es totalmente acogida en la doctrina, puesto que *lego* significa «falta de letras e instrucción» y esto no se corresponde con la esencia de la institución, ya que no se trata de ser iletrado, sino de una persona que no domina cuestiones jurídicas y que su participación sea para transmitir sus experiencias y los conocimientos obtenidos en su devenir social.¹⁹ También se conocen como *jurados*²⁰ o pares del *imputado*, para identificar la igualdad de condición, origen de la conocida expresión «ser juzgado por sus pares o iguales».

Para que se configure la participación ciudadana en la administración de justicia, no es suficiente que el ciudadano acceda a la condición de juez; es necesario que se cumplan, además, dos requisitos: no ser licenciado en Derecho y que, solo de manera ocasional, sea llamado a desempeñar la función de impartir justicia.²¹

El papel de los legos está referido fundamentalmente a valorar los hechos y a aportar su visión de la realidad, más allá de cualquier previsión legal al respecto. El juez técnico resulta cualificado para conocer del hecho y del Derecho; en tanto, el juez lego solo lo está para entender sobre el hecho.

Resulta objeto de debate, si la participación popular solo se concibe para el proceso penal, o si cabe admitirse, también, en otros procesos. La

tación estatal. Según estos, el hecho de que no haya participación ciudadana radica en que, si bien hay una toma de decisión por parte del individuo, falta el elemento del interés colectivo. (Vid. Méndez López y Alarcón Borges: «La participación popular en la administración de justicia como mandato constitucional. Una visión cubana»).

¹⁸ Vid. *infra*.

¹⁹ Méndez López y Alarcón Borges: *Op. cit.*

²⁰ Aunque, generalmente, el término *jurado* es utilizado para calificar a los ciudadanos que asumen la función de administrar justicia en el sistema de jurado anglosajón.

²¹ De Pina define al juez no profesional como «la persona llamada al ejercicio de la función jurisdiccional, de una manera accidental, sin pertenecer a la carrera judicial». (R. de Pina: *Manual de Derecho procesal civil*, pp. 69-70).

razón de esta discusión radica en que, en el proceso penal, predominan las cuestiones fácticas, y la dificultad principal consiste en la comprobación y la valoración de los hechos, los que, generalmente, pueden ser apreciados por las personas legas en Derecho;²² al contrario de lo que sucede en el proceso civil,²³ e, incluso, en otros, donde la cuestión principal, por lo común, versa acerca del Derecho, y el hecho tiene —podría decirse— una importancia secundaria, especialmente cuando se trata de la aplicación del Derecho a un hecho que ha sido admitido por ambas partes.²⁴

Por otro lado, cualquier sistema jurídico se erige sobre los principios del Derecho que, para Fernández Bulté,²⁵ son reglas, fundamentos y apoyaturas esenciales de aquel, condicionados históricamente, cambiantes, y en pleno y constante desarrollo.

En el examen de los principios procesales, existen tres variantes de indudable valor teórico-práctico: constituye un elemento auxiliar de la interpretación; para los supuestos de laguna legal, es un dato o factor integrador de la analogía; y aporta el marco teórico para las discusiones de *lege ferenda*. Por otra parte, es innegable el interés pedagógico del estudio de los principios, pues facilita una visión resumida, pero global, del sistema procesal.

²² En el proceso penal, a diferencia del civil, el objeto lo constituyen solo los hechos. En el civil, la concepción del objeto reviste una gran complejidad, y existen diferentes teorías para definirlo. Una doctrina muy autorizada define el objeto del proceso civil como el bien de la vida que es objeto de discusión, el que se individualiza a través del *petitum* (lo que se pide) y la causa de pedir (con qué título o fundamento se hace). En el proceso penal, la aceptación de los hechos, generalmente, no es vinculante, por lo que requieren ser probados y, de ahí, la importancia de la valoración de estos por los ciudadanos. Lo mismo ocurre en procesos como el familiar, en el que, por la naturaleza de las cuestiones que se debaten, el derecho no es dispositivo, o sea, no está en poder de las partes. En el Derecho civil puro, solo es necesaria la valoración de los hechos, cuando son controvertidos, pues su aceptación tiene un valor vinculante para las partes, lo cual hace que solo se discutan cuestiones estrictamente jurídicas. No obstante, en muchos países, los jueces legos, no solo son llamados al proceso penal, sino, también, al laboral, el civil, el familiar, etc. A mi juicio, esta es la solución correcta, pues el fundamento político de la participación popular en la administración de justicia descansa en el principio democrático, y no hay motivo alguno para admitirla en determinadas materias y excluirla en otras. (Vid. Isabel Tapia Fernández: *El objeto del proceso, alegaciones, sentencia, cosa juzgada*, p. 19). La concepción sobre el objeto del proceso penal es más pacífica y la generalidad de la doctrina lo define como los hechos que son objeto de la acusación. (Vid. Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez: *Derecho procesal, proceso penal*, pp. 191-192).

²³ Para Alsina, el jurado en materia civil no ha hecho camino porque, en materia penal, la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado es cuestión de convicción y no requiere conocimientos jurídicos —la aplicación de la pena corresponde al juez técnico—, en tanto, en el proceso civil, la separación del hecho y del derecho, a menudo, es imposible y, por lo regular, no provoca el interés público que acompaña al penal. (Hugo Alsina: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, t. 1, pp. 86-87).

²⁴ J. R. Melendreras: *El jurado en materia criminal*, p. 73.

²⁵ Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*, p. 234.

Un principio del Derecho procesal lo constituye la participación popular en la administración de justicia, ya que es una máxima seguida por los legisladores, en la redacción de las normas de organización y estructura del sistema judicial, y en la elaboración de los textos constitucionales, debido a la trascendencia jurídica y política de este.

Para su ubicación metodológica, existe una diversidad de clasificaciones de los principios del Derecho procesal.²⁶

Mendoza Díaz²⁷ concuerda con el criterio de clasificación propuesto por Gimeno Sendra, debido a su reconocida sistematicidad y coherencia, al que también me afilio.

En la administración de justicia, el principio de participación popular está dirigido a diseñar la estructura orgánica y de funcionamiento de los tribunales, identificando y definiendo parámetros de ineludible cumplimiento en la concepción de un proceso garantista. Por ello, se sitúa en el conjunto de principios del Derecho judicial orgánico, ya que, bajo esta rúbrica se comprenden aquellos de tipo político, que se ubican en los cimientos del fundamento constitucional del Estado y que tienen su desarrollo en las normas que estructuran la actividad y el funcionamiento de los órganos de justicia, al margen del tipo de asunto o de la materia a tratar.

Este principio es refrendado en las constituciones de numerosos países,²⁸ debido al fuerte matiz político que lo caracteriza: en su esencia, están presentes los ideales de democracia, soberanía, participación popular en las funciones públicas, control social, entre otros, los que dependen, en gran medida, de la clase que asume el poder.

El principio de participación popular en la administración de justicia, además de concebirse como una forma de organización judicial, adquiere otras dimensiones: es una garantía del imputado y, en dependencia del enfoque constitucional, se configura como un derecho del acusado y como un derecho-deber del ciudadano.

En la doctrina, aflora el criterio de que la intervención de los jueces populares constituye una garantía para el acusado.²⁹ Esto se debe a que

²⁶ Estas clasificaciones coinciden en conceptos básicos, pero divergen en cuanto a los criterios de ubicación y la denominación. Mendoza Díaz, a manera de ejemplo, menciona dos autores que resultan representativos de lo más moderno de la doctrina española: Gimeno Sendra y Montero Aroca. Este último hace una clasificación genérica entre principios del proceso y del procedimiento, y divide a los primeros en comunes a todos los procesos y específicos. Gimeno Sendra considera que los principios deben agruparse en tres grandes grupos: de Derecho judicial orgánico, del proceso y del procedimiento. (Mendoza Díaz: «Principios [...]», p. 52).

²⁷ *Ibid.*, pp. 52-53.

²⁸ *Vid.* artículos 124 (Constitución cubana), 125 (Constitución española), 253 (Constitución venezolana) y 3, apartado tercero, y sexta enmienda (Constitución de Estados Unidos).

²⁹ Binder: *Introducción al Derecho procesal penal*; Cafferata Nores: *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*; Ferrajoli: *Teoría y razón. Teoría del garantismo penal*;

el ciudadano, al ser juzgado por sus semejantes, tiene la tranquilidad de que, en el acto de juzgar, prevalecerá el sentido de la justicia, por encima de cualquier conocimiento científico o pensamiento rutinario, puesto que, en virtud de la temporalidad del cargo, los legos están libres de cualquier predisposición de culpabilidad, y hacen valer la presunción de inocencia.

La participación popular, en la administración de justicia, integra las llamadas garantías orgánicas que, según Ferrajoli,³⁰ son las relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, juez natural, etc. Estas garantías, al definir la figura del juez, generalmente, son exigidas para todo tipo de proceso.

En tal sentido, una garantía del ciudadano sujeto al proceso penal es la presencia de jueces populares en este, la que se aprecia, con mayor intensidad, desde esta perspectiva que en otros tipos de proceso. A mi juicio, esto se debe a tres factores íntimamente relacionados: primero, no hay un consenso doctrinal en admitir la participación ciudadana en todo tipo de proceso; segundo, en las legislaciones de diferentes países, se establece la presencia de jueces ciudadanos solo para el proceso penal; y, por último, la sensibilidad de los intereses que se enfrentan en el proceso penal: de una parte, el del Estado, al perseguir los delitos y castigar a los verdaderos culpables; de otra, el del individuo, por protegerse legítimamente, frente a ese poder, que puede resultar injusto o desmedido.

Corresponde al Derecho la compleja tarea de tratar de proteger ambos intereses, sin sacrificar ninguno: y, en ese intento de hacerlos compatibles, se le reconoce al encausado un conjunto de garantías.

Los individuos, para regular el ejercicio del poder penal por parte del Estado, se resguardan en las garantías, con el propósito de que tal ejercicio no acabe por convertirse en un nuevo delito.³¹ Por tal razón, Cafferata Nores³² sostiene que, si bien las garantías tienen un afluente jurídico, pues surgen de las leyes fundamentales, su eficacia es política porque imponen límites al poder del Estado, en tanto procuran evitar que una persona pueda ser sometida a una pena arbitraria, en lo fáctico o en lo jurídico, porque no se probó su participación en un hecho definido por ley, como delito, o porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal, destinada a comprobarlo y a aplicar la sanción.

Lo cierto es que el Estado tiene que ejercer su poder con límites; no puede valerse de cualquier procedimiento para alcanzar su objetivo al reprimir las acciones, por graves que puedan ser, y por culpables que sean los acusados de determinados delitos.

Maier: *Derecho procesal penal. Fundamentos*.

³⁰ Ferrajoli: *Op. cit.*, pp. 39-40 y 574-575.

³¹ Binder: *Justicia penal y Estado de derecho*, p. 145.

³² Cafferata Nores: *Op. cit.*, pp. 34-35.

Ante los fiscales corruptos, o demasiado celosos en el cumplimiento de sus funciones, y ante los jueces acomodaticios y predispuestos, la participación ciudadana en la administración de justicia constituye una inapreciable variable. En otras palabras, el juez lego representa la protección última del ciudadano por el ciudadano, contra los desafueros, incontinencias, abusos, negligencias y corrupciones del poder estatal.³³

Fundamentalmente en la materia penal, la participación popular representa una condición básica para el ejercicio de la coerción estatal. Los jueces populares, políticamente, funcionan a la manera de clave, para que los jueces profesionales utilicen la pena estatal en la solución de un conflicto social.

Según Cafferata Nores,³⁴ ser juzgado por jueces legos debe ser una opción del acusado y no una herramienta de la acusación estatal. Constituye un derecho del acusado ser juzgado por un tribunal de ciudadanos, pues la institución tiene —y tuvo en sus orígenes históricos— una función protectora de este; la acusación solo podrá ser conocida y resuelta por un tribunal popular, cuando el imputado lo solicite, el fiscal no tiene un «derecho al juicio por jueces populares».

El reconocimiento del mentado derecho implica la posibilidad de que este pueda elegir entre una justicia técnica y una justicia popular; por tanto, siempre que las legislaciones le concedan al individuo la facultad de renunciar a ser juzgado por jueces ciudadanos, se entenderá que le está reconociendo este derecho.

En aquellos países en que no se establece la posibilidad de que el encausado pueda rechazar ser juzgado por un tribunal popular, este no aparece de forma nítida como un derecho del justiciable, sino como una exigencia procesal imperativa.³⁵

Históricamente, el jurado inglés fue concebido como un derecho fundamental del ciudadano, previsto así en los textos constitucionales y en las declaraciones de derechos. No obstante, la inexistencia de la «costumbre o prescripción» del derecho a ser juzgado por jurado, en la historia política del pueblo francés, conllevó a que los revolucionarios franceses consagraran, en la Constitución de 1791, el juicio por jurados como una forma de organización judicial y a que la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano francesa no incluyera el derecho a ser juzgado por jurado, el que ya había alcanzado el más alto referendo en los textos constitucionales americanos influidos por la Constitución de los Estados Unidos.

³³ G. López Muñoz y Larraz: «Aproximación crítica al tribunal del jurado desde el derecho anglosajón. Especial referencia a U.S.A.», p. 58.

³⁴ Cafferata Nores: *Op. cit.*, p. 196.

³⁵ Empero, en la medida en que el jurado aparece como «juez ordinario predeterminado por la ley», la ausencia de un juicio por jurado allí donde este sea preceptivo significa la vulneración de un derecho fundamental del justiciable, entendido este como «juez ordinario predeterminado por la ley».

Conforme a lo enunciado antes, se puede definir la primera diferencia, en el orden histórico, entre el jurado inglés americano y el continental: *en este, no alcanza rango de derecho del hombre y ciudadano el ser juzgado por jurado*. A este dato histórico se debe, en gran medida, que, en la actualidad, la mayoría de los países europeos, no reconozcan el jurado como un derecho del individuo sujeto a proceso penal.³⁶

El derecho a ser juzgado por sus semejantes, para Maier,³⁷ constituye un derecho fundamental de cada habitante, más que una forma específica de distribución del poder político o de organización judicial.

La disyuntiva radica en que los ciudadanos no solo cuenten con la garantía en juicio, de ser juzgados por jueces populares, sino que, además, por su misma esencia, puedan reclamar su presencia en el órgano judicial. Se parte de la concepción de que el Estado democrático se caracteriza por la participación del ciudadano en los asuntos públicos.

Una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, pertenecientes a la esfera del *status activae civitatis*, lo constituye la participación popular en la administración de justicia, cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino directamente, al acceder el ciudadano a la condición de juez.³⁸

Por tanto, la falta de disponibilidad para colaborar con la administración de justicia constituye un riesgo para los ciudadanos, no conscientes de la importancia de la función que realizan, a cuyo efecto es necesario el sacrificio de su interés privado por el bien común. Influye en tal posición el hecho de que el acto de juzgar los aparta de sus labores habituales y, sin duda, el menos avezado comprende que esta tarea le resta tiempo para satisfacer sus propios intereses; razones por las que algunas personas, reacias a afrontar los disgustos que tal servicio puede ocasionarles, tienden a susstraerse a su prestación.

En la fase actual de desenvolvimiento ético de la sociedad, no puede contarse con la prestación espontánea de esa actividad. Se impone, entonces, su institución como deber cívico.³⁹

La imposición de la función jurisdiccional, sin embargo, no parece un principio saludable, democráticamente, ya que no es fácil lograr un buen juez ciudadano desde la coacción o la desgana. El juez lego debe suponer el ejercicio

³⁶ L. Varela Castro: «Fundamentos políticos constitucionales y procesales».

³⁷ Maier: *Op. cit.*, p. 777.

³⁸ Exposición de motivos de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. (J. L. Gómez Colomer: *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, pp. 154-155).

³⁹ El concurso voluntario de todos los ciudadanos solo se conseguirá manteniendo el prestigio de la institución y procurando que los llamados a integrarla se formen una exacta idea de lo que significa y vale su cooperación a la obra de la justicia, y de la especial garantía que significa en el ámbito de la justicia penal.

cívico de un derecho constitucional y no una pesada función que el ciudadano sienta como un castigo; por ende, recae sobre las instituciones educativas la responsabilidad de formar ciudadanos que en el futuro puedan integrar los tribunales populares, convencidos de que atienden un deber constitucional.

Al ejecutivo, por su parte, le corresponde asegurar que su remuneración sea suficiente y digna.⁴⁰ Por tal razón, la opción seguida por muchos legisladores ha sido la de establecer —en la norma que posibilita al ciudadano el ejercicio de la actividad jurisdiccional— la imposición de una obligación de desempeñar el cargo de juez lego. De este modo, lo configuran como un derecho-deber, al adoptar medidas coercitivas que aseguren el cumplimiento de la obligación y, consiguientemente, el establecimiento de aquellas otras encaminadas a mitigar, en lo posible, la excesiva onerosidad del cumplimiento del deber, mediante la retribución de la función y la indemnización de los gastos ocasionados por su ejercicio.⁴¹

En general, es admitida la categoría derecho-deber para referirse a aquellos casos en los que el derecho asigna una determinada potestad en forma de derechos subjetivos, por lo que su ejercicio constituye verdaderas obligaciones, de las cuales solo se pueden excluir quienes no cumplan los requisitos que se establecen o que incurran en alguna causal de incompatibilidad o prohibición para el desempeño de la función.

En tal medida, es posible que el ordenamiento jurídico fije determinados requisitos que deben reunir los ciudadanos que pretendan participar en la administración de justicia y, válidamente, excluir de esta a aquellos que no consigan cumplir con tales exigencias.

EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL CUBANO

En un solo precepto, la normativa constitucional cubana logró concentrar las ideas esenciales que servirían de pauta para la configuración ulterior de este

⁴⁰ Considero que la remuneración no debe ser tan elevada que represente un modo de vida para los individuos o que los lleve a sentir cierta dependencia o compromiso con el poder estatal. Pero, al mismo tiempo, tampoco debe ser en extremo irrisoria, que ocasiona un perjuicio para el ciudadano y conduzca al rechazo popular de la institución.

⁴¹ En apoyo de esta postura acude la Ley orgánica del poder judicial de España, la cual establece que la función del jurado será obligatoria. En consonancia con esta obligatoriedad, el magistrado-presidente impondrá una multa al candidato a jurado que no comparezca a la primera citación sin justificar su ausencia. La incomparecencia a la segunda citación eleva considerablemente la multa. En Venezuela, el Código orgánico procesal penal consagra la participación ciudadana en la administración de justicia como un derecho-deber de los ciudadanos, pues regula que la incomparecencia del escabino a sus funciones, sin causa justificada, le acarrea una multa del equivalente en bolívares de 5 a 20 unidades tributarias y, si presenta excusa falsa, aquella será de 10 a 40 unidades tributarias.

principio.⁴² Exige que, para los actos de impartir justicia, todos los tribunales funcionen de forma colegiada; y participen, con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y legos.⁴³

A la participación en los asuntos públicos, la Carta Magna no le otorga el carácter de derecho o deber, aunque, expresamente, la regula como vía de ejercicio del poder y considera al pueblo como su exponente, al residir en él la soberanía (Artículo 3).⁴⁴ De esto, se deriva que la participación ciudadana, en la administración de justicia, no se consagra en el texto constitucional como un derecho subjetivo político del ciudadano, sino como una forma de organización del sistema judicial.

Tanto en el texto constitucional, como en la norma que, de forma específica, regula la organización judicial cubana, el juez ciudadano recibe la denominación de *juez lego*, para subrayar la opinión de que se trata de un ciudadano ajeno a la profesión y al conocimiento jurídico.

La figura del juez no profesional consagra el principio de participación popular en la administración de justicia; este es quien, carente de titularidad jurídica, resulta electo como tal para el desempeño de sus funciones por determinados períodos del año.⁴⁵

La Constitución, conforme a su regulación, demuestra que el modelo de participación popular que acoge, en consonancia con la tradición histórica y jurídica del pueblo cubano, es el de tribunal *escabinado* o *escabinato*, pues establece que los jueces legos y los jueces profesionales tienen igual rango, facultades y atribuciones en la tarea de administrar justicia; esto se traduce en que, en el acto de discusión de la sentencia, el lego vota en toda su amplitud sobre los puntos a decidir, tanto las cuestiones de hecho como las de derecho. En particular, los escabinos tienen el mismo derecho al voto que los jueces profesionales. Sin embargo, aunque el voto sea igual, hay una superioridad de conocimiento en el juez profesional con respecto al lego, lo cual hace que este último, a pesar de su igualdad formal, pueda sentirse influido por el criterio del profesional. En tal sentido, sería aconsejable regular, en la propia norma, el acto de votación y establecer que voten primero los ciudadanos.

En otro orden, el Artículo 124 de la Constitución, al prever la intervención de los jueces ciudadanos en todos los actos de impartir justicia, establece dos reglas importantísimas: la primera, consiste en que la participación popular tiene lugar en todos los procesos, es decir, en los ámbitos penal,

⁴² La participación popular se regula constitucionalmente como un principio de la administración de justicia en Cuba, particular que se desarrolla en la Ley No. 82, «De los tribunales populares» (Artículo 2, apartado 2, inciso f).

⁴³ Artículo 124 de la Constitución de la República de Cuba.

⁴⁴ Lissette Pérez Hernández: «Consideraciones en torno a la democracia», p. 111.

⁴⁵ Ley No. 82, Artículo 8, apartado segundo, inciso d).

civil, laboral, administrativo, económico y familiar; la segunda se refiere a que, en cada tipo procesal, los jueces ciudadanos intervienen en todos los asuntos, sin que se produzca una reducción de la competencia objetiva.⁴⁶

Considero que, desde el punto de vista político, constituye un acierto el establecimiento de la participación popular en la administración de justicia, en todos los tipos procesales, ya que es expresión del alto nivel de democratización del sistema judicial cubano.

Sin embargo, desde una mirada estrictamente técnica, esto ha sido objeto de fuertes impugnaciones por parte de los jueces profesionales, dadas las dificultades que, en el orden práctico, les conlleva para materializar el principio de intermediación, consagrado por el ordenamiento procesal,⁴⁷ especialmente, en el proceso penal.

CONCLUSIONES

1. Se afirma, con razón, que el concepto de participación ciudadana está estrechamente relacionado con dos de los anhelos de la persona: el reconocimiento de la identidad, y el del derecho del individuo de poder intervenir e influir en la toma de decisiones que afecten su vida cotidiana; por ello, debe entenderse como la presencia de los individuos en los asuntos públicos, lo cual es una condición necesaria para alcanzar la gobernabilidad democrática, y representa un factor prioritario en el control de la gestión del Estado, y en la lucha de la administración de justicia en busca de un bien social.
2. La participación ciudadana en la administración de justicia deviene valedar a la tendencia endogámica del sistema judicial, de manera que la presencia de los ciudadanos, como protagonistas, en el acto de la aplicación de la ley, garantiza que esta función —esencialmente, técnica

⁴⁶ Las legislaciones de algunos países reconocen la participación ciudadana solamente para el proceso penal, como es el caso de España: el Artículo 125 de la Constitución reduce el ámbito de actuación de los jurados a la jurisdicción penal. También es frecuente que se limite la competencia de los jueces populares a determinados asuntos; en el proceso penal, generalmente, se sustraen algunos delitos del conocimiento de los legos, bien porque no revisten suficiente gravedad y, por lo tanto, la pena es leve —como sucede en Estados Unidos—, o porque se atiende a la complejidad técnico-jurídica del delito y, por tanto, hace que este sea de difícil comprensión por las personas sin conocimientos de Derecho. En este sentido, Remigio Ferro destaca que, si bien existen países cuyos sistemas judiciales establecen alguna forma de participación ciudadana en la administración de justicia, generalmente, esta se limita a su intervención en determinados asuntos y en determinadas instancias, y eso, a su juicio, permite concluir que la práctica cubana es mucho más integral y democrática de lo que, en términos generales, se ha logrado materializar en experiencias foráneas. (Rubén Remigio Ferro: «Ejemplo de democracia en la administración de justicia», p. 5).

⁴⁷ Juan Mendoza Díaz: «Particularidades del sistema jurídico cubano», p. 89.

- y profesionalizada— no se aparte de la sociedad, al dar entrada, en la toma de decisiones, a otros individuos que provienen del exterior del Sistema de Tribunales.
3. Para que se configure la participación ciudadana en la administración de justicia, además de que el individuo tenga que acceder a la condición de juez, es necesario que no sea un titulado en Derecho y que, solo de manera ocasional, sea llamado a desempeñar la función de impartir justicia.
 4. En la administración de justicia, el principio de participación popular está encaminado a diseñar la estructura orgánica y de funcionamiento de los tribunales, con la identificación y la definición de parámetros de ineludible cumplimiento en la concepción de un proceso garantista; por ello —como principio—, se sitúa en el conjunto de principios del Derecho judicial orgánico porque es más de tipo político, al encontrarse ubicado en los cimientos del fundamento constitucional del Estado y tener su desarrollo en las normas que estructuran la actividad y funcionamiento de los órganos de justicia, al margen del tipo de asunto o de la materia a tratar.
 5. La Constitución, conforme a su preceptiva, reconoce que el modelo de participación popular que acoge, en consonancia con la tradición histórica y jurídica del pueblo cubano, es el de tribunal *escabinado* o *escabinato*, pues establece que dichos órganos estatales se integran, colegiadamente, por jueces profesionales y legos, con igual rango, facultades y atribuciones, en la tarea de administrar justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar de Luque, Luis: *Democracia directa y Estado constitucional*, Edersa, Madrid, 1977.
- Agundez Fernández, Antonio, Mariano Fernández Martín-Granizo y Enrique Ruiz Vadillo: *Régimen legal básico de los países iberoamericanos*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1986.
- Alsina, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, t. 1, Compañía Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda., Buenos Aires, 1941.
- Binder, Alberto M.: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-Hoc S. R. L., Buenos Aires, 1993.
- _____ : *Justicia penal y Estado de derecho*, Ad-Hoc S. R. L., Buenos Aires, 1993.
- Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996.
- Cafferata Nores, José I.: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3.^a ed. actualizada, Editores del Puerto S. R. L., Buenos Aires, 2005.
- _____ : *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*, Cámara de Diputados de la nación, Buenos Aires, 1998.

- Cañizares Abeledo, Diego Fernando: «El juez no profesional», en *Justicia y Derecho*, año 4, no. 6, marzo, 2006, La Habana, pp. 51-58.
- Escalona, Xiomara: «La justicia de paz y la participación ciudadana en la administración de justicia» (tesis para optar por el título de M.Sc. en Ciencia política), Venezuela (soporte digital).
- Fernández Bulté, Julio: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1995.
- Ferrando Badía, Juan: *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos, el democrático, el social-marxista y el autoritario*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Gimeno Sendra, Vicente: «La segunda reforma urgente de la ley del jurado», en *Revista del Poder Judicial*, 2.ª época, no. 39, septiembre, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Gimeno Sendra, Vicente, Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez: *Leciones de Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Goite Pierre, M.: «La participación ciudadana en la administración de justicia. Un reto para las reformas procesales en América Latina» (ponencia, I Congreso Nacional de Derecho Procesal), Ciego de Ávila, 2006.
- González Quevedo, Joanna: «Bases jurídicas, desde la participación ciudadana, para el empoderamiento político. Estudio de los actuales modelos constitucionales de Venezuela, Bolivia y Ecuador» (tesis para optar por el título de M.Sc. en Derecho constitucional y administrativo), Universidad de La Habana, 2010.
- Martha Harnecker: «Gobiernos locales y socialismo (espacios de acumulación de fuerza y de construcción del sujeto popular)», en mesa redonda «La democracia participativa en la gestión pública», La Habana, 17 de enero de 2003.
- López Muñoz y G. Larraz: «Aproximación crítica al tribunal del jurado desde el derecho anglosajón. Especial referencia a U.S.A.», en Colectivo de autores, *El tribunal del jurado: estudio de la L.O. 5/1995*, ICSE, Canarias, 1996.
- Maier, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, t. 1, 2.ª ed., Editores del Puerto S. R. L., Buenos Aires, 1996.
- _____ : *Derecho procesal penal*, t. 1 (vol. b), 2.ª ed., Hammurabi S. R. L., Buenos Aires, 1989.
- Melendreras, J. R.: *El jurado en materia criminal*, Editorial Tip, Oviedo, 1880.
- Méndez López, M. y R. Y. Alarcón Borges: «La participación popular en la administración de justicia como mandato constitucional. Una visión cubana» (ponencia, I Congreso Nacional de Derecho Procesal), Ciego de Ávila, 2006.
- Mendoza Díaz, Juan: «Apuntes sobre la acción», en Colectivo de autores, *Leciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- _____ : «La prueba en el proceso civil», en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, diciembre, 2005, La Habana, pp. 38-51.
- _____ : «Particularidades del sistema jurídico cubano», en *Ágora*, Valencia, 1997.

- _____: «Principios del proceso penal», en Colectivo de autores, *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Ossorio, M.: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* (soporte digital).
- Pérez Hernández, Lissette: «Consideraciones en torno a la democracia», en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (compiladoras), *Temas de Derecho constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- Pina, R. de: *Manual de Derecho procesal civil*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1936.
- Prieto Valdés, Martha (compil.): *Selección de textos constitucionales*, 2.ª ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Remigio Ferro, Rubén: «Ejemplo de democracia en la administración de justicia», en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, diciembre, 2005, La Habana, pp. 3-6.
- Río Hernández, Mirtha A. del: «La participación popular en el proceso de toma de decisiones públicas en el ámbito local comunitario en Cuba. Su régimen jurídico» (tesis doctoral), Universidad Central de Las Villas, Santa Clara, 2001.
- Rivero García, D.: «Participación popular en el proceso penal: el juez lego en el modelo cubano» (conferencia, I Congreso Argentino de Ciencias Penales), Universidad de Buenos Aires, 1996.
- Tapia Fernández, Isabel: *El objeto del proceso, alegaciones, sentencia, cosa juzgada*, Editorial La Ley, Madrid, 2000.
- Varela Castro, L.: «Fundamentos políticos constitucionales y procesales», en Colectivo de autores, *El tribunal del jurado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DEL JUEZ LEGO EN CUBA

*M.Sc. Yenisleidys Chávez Rodríguez¹
presidenta, Sala de lo Penal, TPP de Cienfuegos*

CON LA PARTICIPACIÓN popular en la toma de decisiones judiciales, se logra involucrar al ciudadano común en una de las funciones principales del Estado: la judicial. De esta manera, los ciudadanos toman parte en las cuestiones que con motivo de las relaciones sociales le implican directamente, permitiéndoles participar de modo directo en la aplicación del Derecho que han consentido.

La historia ha demostrado que la profesionalización en el ejercicio de la función judicial no ha sido jamás garantía absoluta de una mejor o mayor justicia, pues el proceso de toma de decisiones está indisolublemente ligado a los elementos subjetivos del juzgador, a sus posiciones y conductas éticas, a la forma en que este se conduce socialmente, y en la manera en que acepta, en menor o mayor medida, unas u otras conductas y, por tanto, la preparación científica y técnica en el orden jurídico no guarda relación directa con el sentido de justicia que pueda tener el operador del Derecho al dirimir un conflicto.

Cuando culminó la conquista de la Isla de Cuba por los españoles, en el año 1524, la organización político-administrativa demandó la necesidad de establecer un sistema judicial en el que se establecieran las bases sobre quiénes debían impartir justicia, como consecuencia de lo cual la administración de la justicia quedó en manos de las autoridades políticas y administrativas, a decir los gobernadores, intendentes y corregidores.

Con el paso del tiempo, los letrados fueron preferidos para asuntos de mayor importancia y los jueces no profesionales actuaban fundamentalmente en los tribunales de primera instancia. Durante los siglos XVI, XVII y XVIII, la mayoría de los jueces eran legos.

En nuestro país, la verdadera justicia revolucionaria tuvo su materialización, por primera vez, en la segunda mitad del siglo XIX, durante nuestras gestas emancipadoras, cuando las primeras expresiones concretas de estas prácticas aparecieron en los pueblos liberados de la República en Armas, en los que la función jurisdiccional para resolver los conflictos y determinar la responsabilidad criminal recayó sobre los integrantes del

¹ Tutor: Dr. Santiago A. Bahamonde Rodríguez.

Ejército Mambí, a quienes solamente se les exigía ostentar la condición de militar para participar en la solución de conflictos.

Pero este logro en la administración de justicia se vio totalmente trunco con la intervención norteamericana, durante la cual a pesar de advertirse algunos intentos por establecer una justicia de carácter popular, primó la actuación de jueces letrados, cuyas decisiones tenían carácter unipersonal y si bien con la Revolución de 1933 se crearon los tribunales de sanciones, con la única finalidad de reprimir a los que insistían en mantener el régimen machadista, en la práctica los verdaderos anhelos de justicia se vieron aniquilados, pues en el seno de estos tribunales continuaron ejerciendo la magistratura los propios jueces ordinarios y, por ende, «sus orígenes sociales; su formación académica [...] no ofrecían muchos resquicios al acceso de hombres y mujeres de ideas avanzadas».²

Fueron los Tribunales Revolucionarios los que marcaron un hito en la historia de Cuba y América, pues por primera vez se depositó en manos del pueblo la facultad de castigar a sus verdugos. Así, tras el triunfo revolucionario del primero de enero de 1959, con la creación de estos tribunales, se impuso un cambio en la actuación judicial que necesariamente debía ser de carácter popular, pues las clases dominantes entre el Estado anterior y el emergente eran diametralmente opuestas. Con la experiencia de estos tribunales, se demostró que solo incorporando la inteligencia y perspicacia del pueblo a la impartición de justicia, podría la actividad judicial despojarse significativamente del esquematismo e inequidad que lo caracterizaba, para transformarse en la eficaz prestación de un servicio judicial.

ANTECEDENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN CUBA

Al culminar la conquista de la isla de Cuba —como dije antes— el sistema judicial demandó la necesidad de su implementación, cuando la verdadera organización política de la incipiente colonia comenzaba a desarrollarse. El poder central radicaba en España y tenía como máxima autoridad a la Corona, la figura del Rey representaba la suprema autoridad judicial en la Isla y sobre él descansaba la máxima jurisdicción para aplicar las leyes y, por consiguiente, la de administrar la justicia. Por ello, podemos afirmar que, en la cúspide de esa estructura, el máximo exponente de la facultad judicial —aun cuando, como lego, se auxiliaba de asesores letrados para emitir un veredicto— estaba el Rey.

La Casa de Contratación, como órgano central de poder, contaba con un presidente, tres jueces oficiales no peritados jurídicamente, que

² Lionel Soto: *La revolución de 1933*, t. 3, p. 274.

ostentaban dentro de la Casa los cargos de tesorero, contador y factor, respectivamente;³ tres jueces letrados y un fiscal; todos los cargos de jueces eran designados por el monarca.

El presidente de la Casa de Contratación podía ser letrado o «de capa y espada».⁴ En el primero de los casos, tenía voto, determinaba todos los pleitos civiles y, ante la discordia de los jueces letrados, podía decidir los asuntos; sin embargo, en el segundo de los casos, no tenía voto en ningún pleito de justicia.

En la Casa de Contratación, se otorgaba participación a los jueces no profesionales para la resolución de los asuntos de mayor y menor importancia, reservándose la actuación de los letrados solamente para aquellos que resultaran de mayor complejidad. Con el tiempo, los jueces oficiales fueron excluidos del conocimiento de todos los asuntos civiles y criminales y, por ello, se confió a tres letrados de la Casa de Contratación la facultad de dirimir estos conflictos, quedando anulada la participación de legos en la resolución de los asuntos.

Por otra parte, fue creado el Consejo de Indias, como un Consejo Real, a partir de 1524 y se encargó de la dirección suprema en la gobernación de las Indias, así como de asesorar y aconsejar a la Corona. El presidente del Consejo sería el Gran Canciller de las Indias, a quien se le atribuyó la condición de Consejero y era designado en el cargo por el Rey, quien tenía en cuenta para su elección que fuera de su total confianza y, a su vez, también, actuarían los consejeros letrados, que demandaran el caso concreto; de ese modo, se estableció que estos eran ocho: un fiscal, dos secretarios, un teniente de Gran Canciller —quienes en todo caso debían cumplir como requisito ser personas «aprobadas en costumbres, nobleza y limpieza de linaje [...] y escogidos en letras y prudencia»⁵—, tres relatores y un escribano de Cámara de Justicia.

Esto significa que no todos los consejeros del Consejo de Indias eran personas tituladas en materia jurídica y, en la justicia que se impartía, estos tenían participación, pues los jueces consejeros debían participar en su mayoría en la solución de asuntos que, al parecer del presidente, fueran de mayor complejidad; sin embargo, para el resto de los pleitos, no era necesaria la participación de todos los jueces consejeros.

En caso de que no se alcanzara la mayoría de los votos en la discusión de un asunto y la votación fuera igual, el Consejo estaba obligado a consultar al Rey para que decidiera sobre la solución del conflicto. En este caso, el Rey exigía que cada consejero emitiera por separado sus conside-

³ *Recopilación de las leyes de los reinos de indias*, 5.^a ed.: Ley II, libro noveno, título primero, «De la Real Audiencia y Casa de Contratación que reside en Sevilla».

⁴ *Ibid.*, Ley I, libro noveno, título segundo, «Del presidente y jueces de la Casa de contratación».

⁵ *Ibid.*, Libro segundo, título segundo, «Del Consejo Real y Junta de Guerra de Indias», en la Ley I.

raciones sobre el caso concreto, a los efectos de considerar unos y otros criterios en la decisión final, lo cual significa que el Rey se nutría tanto de los criterios que vertían los que ostentaban títulos académicos en materia de Derecho, como de los jueces que carecían de estos conocimientos.

De lo anterior, se concluye que, aun cuando el Consejo de Indias estuvo integrado por algunos jueces de letras, las decisiones de mayor complejidad también se adoptaban por otros que no ostentaban esta condición y, unido a ello, el Rey, *lego* por naturaleza, tenía facultades para decidir los pleitos, de modo que, en este nivel jerárquico, su decisión resultaba irrevocable.

Posteriormente, fue instaurada la Audiencia de Santo Domingo, como especial expresión del crecimiento y desarrollo de las colonias, que determinó la creación de tribunales para administrar justicia. A esta, se subordinaban, directamente, los gobiernos, corregimientos y alcaldías mayores y, a su vez, al Consejo de Indias. Las decisiones judiciales recaían directamente sobre el presidente de la Audiencia y los oidores, quienes votaban y sentenciaban los pleitos. Ello no significaba que el presidente de la Audiencia gozara de voto en las decisiones que de toda índole se adoptaban, pues este solo podía decidir libremente en los asuntos relacionados con el buen gobierno, y se reservaban las decisiones de pleitos en materia de justicia a los oidores.

Los oidores fueron considerados por el Rey cargos principales que necesariamente eran proveídos por él. Pero, para la designación de estos cargos, el monarca guardaba cuidado de que fueran hombres de grandes conocimientos jurídicos y, específicamente, los primeros oidores, ostentaban importantes grados académicos provenientes de las mejores universidades de Europa e Indias.

EL JUEZ NO PROFESIONAL EN LOS SIGLOS XVI, XVII Y XVIII

En la primera etapa de la colonización, el desarrollo profesional de nuestro país era casi nulo en lo concerniente a las ciencias jurídicas; a ello obedeció la necesidad de involucrar a ciudadanos no profesionales en la administración de justicia.

Los cargos de gobernador de provincia, igual que el de corregidores y alcaldes mayores, a diferencia de los virreyes, presidentes y oidores, fueron considerados por el Rey de menor calidad y, ante las vacantes que se producían, hasta tanto se decidiese por el Rey los titulares, estos podían ser proveídos por los virreyes, presidentes y audiencias que gobernarán.

Las propuestas que tenían los virreyes y presidentes para la provisión de los cargos de gobernador, corregidores y alcaldes mayores se consultaban a la Audiencia, previo a su designación, bajo el principio de que resultaba de gran importancia el criterio que, sobre los candidatos, tuviesen los ministros más antiguos.

En esta etapa incipiente, el Derecho aplicable en la Isla estuvo directamente influido por el Derecho español y los encargados de administrar justicia eran los gobernadores, intendentes y corregidores, autoridades políticas y administrativas que fueron considerados como jueces, a pesar de que sus conocimientos en materia jurídica eran nulos, con la peculiaridad de que eran designados por el Rey como sus asesores. Los alcaldes y jueces ordinarios no letrados designaban a sus asesores, de cuyos dictámenes no podrían prescindir al dictar sentencia.

Pero cabe preguntarse, sobre el origen y forma de elección de los cargos que ostentaban facultades judiciales, es decir a qué intereses precisamente respondían y es que, como ya se ha apuntado, los cargos de gobernadores, corregidores y alcaldes mayores eran proveídos por el Rey desde España para las Indias; tal es así que, al ocupar estos cargos, los elegidos prometían servir al Rey mediante juramento, además de jurar hacer justicia a las partes sin excepción de personas.

Esta función de impartir justicia también correspondía a los alcaldes ordinarios, quienes ostentaban la facultad de conocer, en primera instancia, los conflictos civiles y criminales, pero también eran los encargados de continuar el conocimiento de los pleitos iniciados por los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores que estos no pudiesen concluir con motivo de abandonar las ciudades, villas y lugares visitados. Debían ser personas honradas, hábiles, suficientes y para su elección se prefirió a los primeros descubridores, pacificadores y pobladores, así como descendientes de estos, sin exigírseles títulos académicos en materia de Derecho.

En Cuba, los primeros alcaldes ordinarios, con funciones judiciales que podían apelarse ante el gobernador y la Audiencia, fueron nombrados por el Gobernador y, luego, fueron elegidos por los regidores. Más tarde, en 1529, la elección de estos alcaldes se estableció de manera directa por los vecinos, pero solo eran considerados como tal los propietarios, es decir los colonos españoles, quienes también elegían a los regidores, pues los indios estaban sometidos a esclavitud.

En el caso específico de Cuba, los gobernadores que no eran letrados podían designar tenientes que lo fueran, los que solo podían ejercer una vez vencido el examen correspondiente por el Consejo de Indias. Estos tenientes letrados asistían y aconsejaban al gobernador, pero este último decidía cada asunto, de acuerdo con lo que considerase más conveniente al caso concreto, tal es así que, mientras los gobernadores estaban en los cabildos decidiendo los asuntos, no debían permitir el acceso de los tenientes a dichos sitios, a no ser que fueran llamados por los propios gobernadores. Estos tenientes asumían las funciones del gobernador, ante su fallecimiento, hasta tanto se decidiera un sustituto, lo que significa que, con el tiempo, se fue prefiriendo a los letrados para asuntos de mayor importancia y complejidad.

EN LOS CAMPOS INSURRECTOS

Fue la justicia creada por los mambises la que puso en manos del pueblo su administración, con la creación de los Consejos de Guerra para el conocimiento de los asuntos criminales, mientras los prefectos se encargaban de dirimir los conflictos de orden civil; por tanto, en esta primera etapa, se advierte que la justicia en todos los ámbitos era ejercida por jueces laicos en materia de Derecho y, si bien se registran algunos intentos por involucrar en estos actos de justicia a personal letrado, lo cierto es que en la práctica las condiciones geográficas de la Isla, por una parte, y los eventos históricos por otra, lo impidieron.

Tal como apuntó Carrera y Jústiz, «[...] el espíritu social de Cuba no cabía ya en esos moldes [...]»⁶ y, precisamente, el incremento del pensamiento independentista cubano, la ausencia de soluciones para los problemas que afrontaba Cuba en la época colonial y, en especial, la tarea nacional liberadora, como objetivo prioritario en las últimas cuatro décadas del siglo XIX, conllevó al inicio de la Guerra de Independencia, el 10 de octubre de 1868. Al tiempo que en Cuba regían las leyes emanadas de la Metrópoli, la República en Armas se dedicó a crear su propio Derecho y nació así «[...] nuestra única y verdadera legislación revolucionaria»,⁷ que se encargó de resolver los objetivos militares y políticos de la guerra.

Ninguna de las leyes dictadas en esta etapa, con la finalidad de organizar la justicia en los territorios liberados, estableció los requisitos para ser juez; no obstante, la mayoría de los cargos judiciales se ejercieron por jueces no profesionales del Derecho o, al menos, eso es lo que revelan los cuerpos legales acordados por la Cámara de Representantes y por el Consejo de Gobierno creado al efecto, en virtud de cada una de las constituciones mambisas de la época.

Cuando se produce el alzamiento y se crea la República en Armas, de 1869, el Gobierno promulgó leyes de organización administrativa y judicial estableciendo un sistema de administración de justicia con Corte Suprema, jueces criminales y civiles, prefecturas y subprefecturas, consejos de guerra y promotores fiscales en todos los territorios liberados; en tanto la aplicación de la justicia, en el resto de las villas y ciudades del país que no habían sido liberadas, continuaba siguiendo la justicia ordinaria española.

En la práctica, fueron los prefectos y los Consejos de Guerra los que tuvieron la función de administrar justicia, encargándose de las materia civil y criminal, respectivamente, pues en esta etapa de lucha se hizo un tanto difícil la aplicación de todas las leyes que regían el orden social y jurídico de los territorios libe-

⁶ Francisco Carrera y Jústiz: *Introducción a la historia de las instituciones locales en Cuba*, t. 2, p. 190.

⁷ Héctor Garcini y Guerra: «Las comisiones de estudios jurídicos», p. 94.

rados y ocupados por los mambises, quienes trasladaron a la jurisdicción militar la impartición de justicia en materia criminal, de manera tal que el «General en Jefe, el Lugarteniente General, los Generales de Cuerpos de Departamentos y de Cuerpos del Ejército, los Jefes de Divisiones, Brigadas o Regimientos, los Jueces Instructores y los Consejos de Guerra»,⁸ eran los encargados de iniciar causa criminal contra los autores, teniendo en cuenta la autoridad que ostentaban sobre las personas que radicaban en el territorio bajo su mando.

De lo anterior, se entiende que la justicia criminal se depositó en manos de las autoridades y oficiales del Ejército Libertador, a los que, para integrar los Consejos de Guerra, no les era exigible la condición de profesionales del Derecho, sino que se les designaba como tal teniendo en cuenta su efectivo servicio militar y, precisamente, fue diseñada de esta manera, ante la necesidad de subordinar la administración de justicia a los intereses colectivos que llevaba implícitos la propia guerra.

En la redacción de todos los cuerpos legales que rigieron el Derecho mambí se realizaron intentos, muy bien logrados, para que sus textos fueran sencillos y comprensibles para todos, teniendo en cuenta que los que ejercían como jueces solían ser personas sin conocimientos técnicos en materia de Derecho. Muestra de ello se advirtió en el General Domingo Méndez Capote, cuando, en la exposición de motivos de la Ley procesal de Cuba en Armas argumentó:

Mi propósito era aplicar unas reglas que fácilmente pudieran ser entendidas y aplicadas por todos [...] una institución o una materia no bien desenvuelta solo puede ser entendida por los verdaderamente peritos. La verdadera sencillez estriba en que lo organizado sea práctico, expedito y de realización llana y fácil para cualquier persona de buen sentido.⁹

Esta afirmación, sin lugar a cuestionamientos, indica que la justicia creada por los mambises, en principio, fue depositada en manos de legos en Derecho para su administración.

Sin embargo, tal parece que, en aquellos asuntos en los que se requería de una mayor y mejor pericia técnica para adoptar la decisión más acertada, sobre todo en hechos que pudieran poner en peligro la seguridad y estabilidad de la República en Armas, se prefirió, entre los miembros del Ejército, a los que ostentaban la condición de juristas para integrar los Consejos de Guerra, que se componían de jueces militares y abogados de profesión del Ejército Libertador.

Muestra de ello es el hecho histórico, y poco mencionado por la historiografía cubana, del periodista español Luis Morote, cuando, al acercarse a los

⁸ Enrique Hernández Corujo: *Organización civil y política de las revoluciones cubanas de 1868 y 1895*, p. 129.

⁹ Garcini y Guerra: *Las Comisiones...*, p. 102.

campos insurrectos, fue tildado de espía¹⁰ por Máximo Gómez y puesto de inmediato a disposición del Consejo de Guerra, integrado en su totalidad por militares, tales como el brigadier Domingo Méndez Capote, quien fungió como presidente, el brigadier Vicente Pujals, el teniente Joaquín Acosta Cabellas, el brigadier Eugenio Sánchez Agramonte y el teniente coronel Enrique Villuendas de la Torre (secretario relator), pues Gómez había indicado la constitución de un Consejo sumarísimo integrado por «[...] personas finas, es decir, hombres cultos e instruidos, para que ese intruso espía sepa con quiénes trata, y para que España conozca mejor aún lo que somos y lo que valemos».¹¹

Pero es que tres de esos integrantes del Consejo de Guerra, además de la condición de militares, ostentaban el título de abogados; entre ellos, Domingo Méndez Capote (jefe superior del Cuerpo jurídico de la Revolución y miembro del Consejo de Gobierno cubano en la Guerra de Independencia de 1895 a 1898), Enrique Villuendas de la Torre (prestó servicios en el Consejo de Gobierno hasta septiembre de 1896) y Joaquín Acosta Cabellas (abogado bayamés), mientras solo dos de sus miembros eran militares que carecían de conocimientos jurídicos (Eugenio Sánchez Agramonte y Vicente Pujals Puente).

Esto nos conduce a la reflexión y sobre todo a interrogarnos sobre la verdadera justicia que pretendieron establecer los mambises, si efectivamente sus aspiraciones de justicia estaban despojadas de la intervención de todo conocimiento técnico en su administración, quizás por la falta de personal con conocimientos en la materia o si realmente el alto mando de la República en Armas conocía los indudables aportes que a la justicia le podía ofrecer la intervención de personas con conocimientos en materia de Derecho para juzgar a aquellos que cometían unos u otros delitos y quizás en aquella situación difícil que le imponía la guerra a la justicia, hacía más viable su impartición con legos en Derecho.

A nuestro juicio, el caso Morote reveló en los mambises la necesidad de dotar a la administración de justicia, no solo de no profesionales en el Derecho, sino también de miembros que, además de su condición de militares, luciesen conocimientos técnicos en ciencias jurídicas al momento de dirimir un conflicto judicial en materia criminal y que les permitiera adoptar decisiones acertadas en asuntos de gran connotación que pudieran poner en peligro el futuro de la patria. Además, la justicia aplicada por los mambises se asemeja al sistema escabinado, en el que intervienen tanto jueces profesionales como legos en los actos de impartir justicia.

¹⁰ Luis Morote y Greus fue redactor corresponsal del periódico *El liberal*, de Madrid, y fue tildado de espía por Máximo Gómez, al irrumpir en el campamento donde radicaba el alto mando del Ejército Libertador, con la única finalidad de cumplir con la encomienda de su profesión. El Consejo de Guerra adoptó un fallo absolutorio a su favor. *Vid* Luis Morote y Greus: *Sagasta, Melilla, Cuba*, pp. 329-381.

¹¹ Manuel Leguineche: «Viaje a un Consejo de Guerra», p. 12, en www.parlamento.cuba-no.cu/index.php/pagina-martiana/1459-marzo-2009.html [Consulta: 23/7/ 2013].

Ahora bien, en esta etapa, hubo una prolongación de la figura del prefecto, fruto de la Revolución Francesa que, desde sus comienzos, representó el orden público y la autoridad del Estado. En Cuba, desde las primeras leyes promulgadas por la República en Armas, se depositó en los prefectos y subprefectos la facultad de impartir justicia y eran elegidos por los vecinos, al tomar parte en la designación de los titulares que iban a dirimir sus conflictos judiciales. Al inicio de la guerra, la actuación judicial del prefecto estuvo centrada en el conocimiento y resolución de los litigios cuyo valor no excediera de 200 pesos y con independencia de que, posteriormente, se le fue desvinculando de esta actividad, continuó siendo la autoridad intermedia entre los tenientes gobernadores y los subprefectos, por lo que tenían la obligación de «[...] ayudar a la recta administración de Justicia [...]»,¹² otorgándole facultades para iniciar las diligencias sumarias indispensables en relación con todos los delitos y causas criminales contra los habitantes de la prefectura, de lo cual quedaban obligados a ofrecerle traslado a la autoridad inmediata para su resolución.

En principio, la prefectura no estaba dotada de facultades para administrar justicia en materia criminal; no obstante, ante supuestos hechos de traición, justificado bajo el principio de lo difícil que resultaba para con los presuntos responsables «guardarlos presos o conducirlos con seguridad»,¹³ se creaba un Consejo integrado por las tres personas más idóneas que a juicio del prefecto existieran dentro de la prefectura, a fin de que se procediera a su juzgamiento inmediato, a quienes tampoco se les exigía ostentar la condición de peritos en materia jurídica; precisamente, esa fue la razón por la que la mayor parte de la legislación redactada por los mambrises tuvo la característica de ser «[...] sencilla, breve y de fácil manejo».¹⁴

Para ese entonces, los prefectos instruían las diligencias preliminares indispensables para encauzar y resolver los asuntos civiles entre los habitantes de la prefectura, que alcanzaba la práctica de pruebas y la emisión de informes, pero la facultad de resolver el conflicto recaía en el jefe de distrito.

ETAPA NEOCOLONIAL

Cuando España, de manos del capitán general español Jiménez de Castellanos, cedió la soberanía sobre Cuba al Gobierno norteamericano, el primero de enero de 1899, el país dio una vuelta a su historia y, en particular, a la administración de justicia. La actividad judicial durante esta primera etapa se ejerció de la misma forma que se había establecido en la colonia, pero, ante la imperiosa necesidad de organizar un nuevo sistema judicial, al

¹² Hernández Corujo: *Organización civil y política...*, p. 240.

¹³ Julio Ángel Carreras: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, p. 240.

¹⁴ Garcini y Guerra: *Las comisiones...*, p. 101.

haber cesado la jurisdicción del Tribunal Supremo español sobre la isla de Cuba, se comienzan a preparar las bases de lo que serían los tribunales y las audiencias. Así se creó el Tribunal Supremo y se fijaron sus atribuciones, siguiendo el modelo de la máxima instancia judicial de los Estados Unidos, al tiempo que se creó una Audiencia en cada una de las capitales de las seis provincias existentes, lo que facilitó a los ciudadanos el acceso a la justicia.

Dicho sistema no tuvo nada de popular y los jueces que lo integrarían, con excepciones mínimas que veremos, debían cumplir el requisito de ser profesionales del Derecho; para ello, el pueblo fue convocado a elecciones municipales,¹⁵ en las que se elegirían, entre otros cargos, los jueces municipales y correccionales.

Hasta tanto tuvieran lugar estas elecciones, la justicia criminal en la capital de la Isla fue administrada por la llamada Corte de Policía de La Habana, órgano que comenzó a funcionar desde el establecimiento del gobierno interventor norteamericano, sin una disposición legal que lo amparara, a pesar de la existencia del procedimiento correccional, que tuvo sus antecedentes en la Ley de enjuiciamiento criminal.

La Corte se subordinaba directamente al Gobernador militar de La Habana y su presidente era el encargado de decidir los juicios de faltas y, a su vez, disponer la libertad de los reclusos que lo fueran como consecuencia de las sanciones impuestas por él. Los presidentes que, en su momento, fueron designados para actuar en estas cortes de policía, eran oficiales que ocupaban cargos militares, recayendo en ese presidente la facultad de juzgar unipersonalmente las faltas que conllevaran penas inferiores a diez días de prisión y diez pesos de multa, o ambas. Asimismo, se estableció la posibilidad de actuación del tribunal en pleno, integrado por el mentado presidente y dos jueces profesionales, que conformaran la plantilla de los juzgados municipales de La Habana, los que se elegían semanalmente mediante sorteo.

Los jueces que asumieron la administración de justicia en los juzgados correccionales requerían cumplir con los mismos requisitos para ser elegidos magistrados del Tribunal Supremo y, entre los requerimientos que para ello se demandaba, estaba el ser profesional del Derecho.

A la sazón, de manera opcional para el enjuiciado, se estableció en Cuba el juicio por jurados,¹⁶ con lo que se acentuaba el carácter sajón del sistema judicial. No obstante, su establecimiento práctico no fue posible al constituir una institución del Derecho importada, contraria a nuestro sistema de vida, cultura y tradición jurídica, al menos es ese el criterio de los autores que han abordado esta temática, incluso no existen noticias de que hubiera funcionado y, si lo hubo, es revelador que la prensa de la época no lo haya recogido.¹⁷ Los

¹⁵ Francisco Llaca y Argudín: *El procedimiento correccional en Cuba*, t. 1, p. 13.

¹⁶ Artículo XXVI de la Orden No. 213, de 25 de mayo de 1900, p. 95.

¹⁷ Cañizares Abeledo en «El juez no profesional» (*Justicia y Derecho*, no. 6, 2006, p. 54) acota haber conocido que «el único caso de juicio por jurado fue en Cienfuegos y terminó

miembros del Jurado debían elegirse a través de las alcaldías, pero la decisión final respecto a los que conformarían la lista de jurados estuvo en manos de una comisión presidida por el juez correccional.

La Constitución de 21 de febrero de 1901, primer texto constitucional del período republicano, ratificó los juzgados correccionales creados con la intervención yanqui y, por consiguiente, la justicia fue depositada en manos de un juez unipersonal y profesional en Derecho.

Sin embargo, aunque ni siquiera para la elección de los jueces correccionales y municipales, en virtud de esta ley, el pueblo tuvo directa participación, sí se reservó para los jueces de cuarta clase la posibilidad de ejercer por personal lego en materia jurídica, no obstante con la ironía de preferencia sobre los que ostentaran títulos en Derecho.

Una nueva Ley orgánica del poder judicial se promulgó el 15 de agosto de 1919,¹⁸ la que, si bien mantuvo la esencia que hasta ese entonces había regido la estructura y organización del sistema judicial de Cuba, introdujo cambios en lo relativo a la ordenación de los juzgados municipales y, específicamente, el Artículo 50 sufrió novedades en cuanto a la designación de jueces de cuarta clase. En el articulado, se mantuvo la posibilidad de su ocupación por los procuradores y abogados, pero, en cuanto a las personas que no ostentaran estos títulos se estableció que debían someterse a un examen. Además, los jueces de cuarta clase que no ostentaran títulos de procurador o abogado, quedaron obligados a acreditar tal condición en el término de 60 días naturales, a los efectos de continuar el ejercicio de sus funciones.

Durante las siguientes décadas del período republicano, la concepción existente sobre la administración de justicia, en general, y los funcionarios que la impartían, en particular, permaneció indemne, hasta que con el anuncio de los Estatutos para el Gobierno provisional de Cuba, promulgados el 14 de septiembre de 1933, se ordenó la organización de tribunales de sanciones, con la finalidad de juzgar a las personas que fueran acusadas por delitos cometidos por motivos políticos y que perseguían, como único objetivo, mantener o lograr el sostenimiento del régimen machadista. Quedaron conformados por miembros de la judicatura (profesionales del Derecho), cuya actuación estuvo signada por la lentitud y vicios de los tribunales ordinarios.

en una reyerta a machetazos, por lo absurdo del fallo»; no obstante, la prensa de la época, en la localidad, no recogió ese dato, y es curioso que *Memoria descriptiva, histórica y biográfica de Cienfuegos (1819-1919)* haga silencio de un acontecimiento jurídico de extrema importancia. Ver, además: Cañizares Abeledo, «El procedimiento correccional en Cuba» (*Revista Cubana de Derecho*, no. 2, 1972, p. 95), y Homero Acosta Álvarez, «La administración de justicia en Cuba: antecedentes, realidades y perspectivas» (conferencia, VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 23 de mayo de 2012).

¹⁸ Milo A. Borges: *Compilación ordenada y completa de la legislación cubana de 1899 a 1950*, 2.^a ed., vol. I, p. 452.

En el tiempo, coincidieron tribunales y juzgados de sanciones con los llamados tribunales de defensa nacional y los autores que se han referido a estos concuerdan en que su objetivo fundamental estuvo encaminado a reprimir, con severidad y rapidez, las actividades de quienes pretendieran mantener la nación en continuo estado de agitación y alarma.¹⁹ Para su conformación, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de Justicia debía designar a un juez o magistrado de la carrera judicial para el distrito territorial de cada una de las provincias; por tanto, la impartición de justicia continuaba en manos de profesionales del Derecho.

Al tomar auge la lucha del proletariado, entre las medidas radicales del gobierno Caffery-Batista-Mendieta, estuvo la creación de los tribunales de urgencia, que administraron justicia con los jueces que conformaban la judicatura en las audiencias, de modo que la justicia recaía en profesionales del Derecho.

La Ley No. 1, de primero de julio 1940, contentiva de la Constitución, aprobada por la Convención Constituyente, resultó la de mayor alcance en la proyección estructural y su promulgación constituyó el símbolo de la lucha revolucionaria posterior. Fue un texto constitucional de los más avanzados para la época en los marcos de la democracia burguesa, pues se aseguraron algunos de los principios emanados de nuestro derecho histórico y, aunque no se pronunció sobre la participación popular en la administración de la justicia, se proclamó constitucionalmente que la justicia se impartiría «en nombre del pueblo» en sustitución del postulado de que se ejercía en nombre de la República de Cuba.

Sin embargo, todo ese desarrollo constitucional se vio mutilado con el golpe de Estado de Fulgencio Batista y, aunque sus Estatutos Constitucionales contemplaron el carácter popular de la justicia, lo cierto es que la actuación de los jueces y especialmente la del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales ampararon las injusticias del régimen y la actuación ilegítima del dictador, a través del ejercicio de los jueces profesionales de la judicatura.

De esta manera, se mantuvo la judicatura en los años subsiguientes, con nula participación popular en la solución de los conflictos judiciales, hasta que se tomaron las armas por los rebeldes y, con ello, la participación directa del pueblo en los actos de impartir justicia tuvo un significado importantísimo para el logro de la independencia de Cuba.

LA ETAPA 1956-1973

Al reiniciarse la lucha contra la tiranía batistiana en la Sierra Maestra, en 1956, la administración de justicia quedó en manos de los Tribunales Revolucionarios, los cuales marcaron un hito en la historia judicial de Cuba.

¹⁹ Regino Stone: «Origen y funcionamiento de los tribunales de urgencia», *Revista cubana de Derecho*, no. 5, 1971, p. 71.

Fueron organizados durante la lucha insurreccional en los territorios liberados con un carácter eminentemente popular; sus miembros procedían de las filas del Ejército Rebelde, al que se habían unido campesinos, obreros, estudiantes y una parte de la pequeña burguesía, con los cuales el nuevo Estado ejerció su potestad jurisdiccional.

Para su composición, se nutrían de los miembros del Ejército Rebelde y, a diferencia de la justicia aplicada por los mambises en lo que a su legislación concierne, preferentemente, se escogía a los que poseían título de abogado, pero ello no constituía un requisito esencial; incluso, en oportunidades, podían integrarlas personas que no pertenecían al orden militar.

La justicia aplicada por el Ejército Rebelde perduró durante los primeros años de la Revolución, al concebirse la intervención popular como la vía más idónea y efectiva para derrocar a la tiranía, e indiscutiblemente sus premisas sirvieron de pauta para la concepción de una nueva forma de administrar justicia.

El nuevo escenario histórico, tras el triunfo de la Revolución, el primero de enero de 1959, imponía un cambio en la actuación de los tribunales y, necesariamente, la justicia debía ser de carácter popular, pues el Estado que surgía con el triunfo de las armas rebeldes era diferente al imperante con anterioridad.

Este carácter popular que habría de imprimirse al sistema judicial cubano, fue augurado por el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, cuando afirmó que «[...] el problema de la justicia es eterno y por encima de las opiniones de los jurisconsultos y teóricos, el pueblo tiene en ella un profundo sentido, los pueblos poseen una lógica sencilla pero implacable, reñida con todo lo absurdo y contradictorio [...]».²⁰

Los Tribunales Revolucionarios

Desde los primeros momentos de la Revolución, se retomó la idea de los Tribunales Revolucionarios y, por consiguiente, se comenzó a aplicar el Reglamento No. 1 del Ejército Rebelde, con las modificaciones que resultó necesario introducirle, a partir del 29 de enero del propio año de la victoria, atemperado a las circunstancias que fortalecían el proceso revolucionario, con el único propósito de conocer y sancionar los crímenes cometidos por los esbirros batistianos durante la tiranía.

Así, la facultad de impartir justicia recayó sobre la jurisdicción de guerra del Ejército Revolucionario, reservando su actuación a aquellas conductas de mayor peligro social y que significaban en los ciudadanos un alejamiento del verdadero sentido de la Revolución y, por tanto, juzgaron hechos y

²⁰ Fidel Castro Ruz: *La Historia me absolverá*, p. 125.

crímenes contrarrevolucionarios que se perpetraban por quienes intentaban revertir el curso de la historia.

En ese momento histórico, la justicia criminal, para los delitos que expresamente refrendaba el mentado Reglamento, la impartían «[...] los comandantes, los auditores, los consejos de guerra y los jefes de misiones militares»,²¹ mientras que las modalidades excluidas por ese cuerpo legal eran del conocimiento de los jueces ordinarios, que se habían heredado del capitalismo con formación burguesa.

Para el juzgamiento de los acusados cada comandante, por designación de su jefe y oído el criterio del auditor, creaba su respectivo Consejo de Guerra Ordinario, presidido por el propio comandante o por quien designara en su lugar, integrado por otros dos miembros, escogidos entre auditores y oficiales que debían ser de igual o superior grado militar que el acusado.

En el Consejo Superior de Guerra descansaba el conocimiento de los recursos de apelación que se interponían contra las sentencias dictadas por los consejos de guerra ordinarios y que imponían la pena de muerte, integrado por el Comandante en Jefe o el oficial que designara en su lugar y por otros cuatro miembros, escogidos entre auditores y oficiales que debían ser de igual o superior grado militar que el acusado. En el comandante y jefes de misiones en su caso, recaía la facultad de resolver, de plano, las faltas cometidas que no conllevaban pena de encarcelamiento superior a los 30 días.

Como puede apreciarse, en la nueva concepción de Tribunales Revolucionarios, para la elección de los miembros de los consejos de guerra no se prefería a los titulados en Derecho, lo que significa, sin duda, que el espíritu de los revolucionarios y, en consecuencia, de la máxima dirección de la Revolución, fue que la justicia recayera en manos de personas sin conocimientos en Derecho.

Tribunales populares experimentales

Un paso trascendental en la transformación de las viejas estructuras lo constituyó la creación de los tribunales populares experimentales, que fueron creados como consecuencia del intercambio sostenido por el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz con estudiantes y profesores de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Habana, el 12 de octubre de 1962,²² donde, por iniciativa del líder de la Revolución, se fomentó la idea de crear y organizar tribunales impregnados de la verdadera justicia

²¹ Artículo 3 del Reglamento No. 1, del Régimen penal del Ejército Rebelde. *Vid. Proclamas y leyes del Gobierno Provisional de la Revolución*, 1959, p. 102.

²² Santiago Cuba Fernández: Discurso en el acto de apertura de los tribunales, el primero de septiembre de 1966, en *Tribunales populares* (folleto), p. 1.

popular, que hicieran aniquilar los juzgados correccionales creados por el viejo régimen y que, por encontrarse aún vigentes, se encargaban de administrar la justicia ordinaria y continuaban decidiendo los litigios y delitos de menor entidad.

En el encuentro, Fidel enfatizó la necesidad de acopiar las formas de delitos menores, contravenciones o faltas que se cometían fundamentalmente en zonas montañosas del país, con el fin de elaborar un proyecto de creación de un nuevo tipo de tribunales, que motivarían sus decisiones en el espíritu educativo de la población.

El proyecto debía partir, esencialmente, del intercambio directo con el pueblo y del contacto con la vida en las zonas objeto de estudio, y los integrantes de estos tribunales debían ser trabajadores ejemplares, revolucionarios, que denotaran objetividad y espíritu de justicia en el trato con sus compañeros,²³ es decir que el miembro del tribunal debía estar profundamente compenetrado con la región campesina donde desenvolvía su vida social y laboral, de modo que ello coadyuvara a que las decisiones sirvieran de sustento para enmendar la conducta de los enjuiciados, con el efecto educacional que su propia esencia perseguía.

Este experimento se organizó por la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Habana y, a partir de ese momento, el proyecto de denominó: Plan Fidel de tribunales populares.²⁴

En aquel momento, no dejó de preocupar a muchos revolucionarios si la integración de los tribunales populares —por trabajadores que no reunían la condición de abogados— podría dificultar su funcionamiento y provocar la adopción de fallos incorrectos, ante la falta de conocimientos jurídicos de sus miembros, pero no podemos obviar que la competencia que les estaba atribuida a estos tribunales estuvo relacionada con aquellas cuestiones que no exigían grandes conocimientos jurídicos y que, para su solución, debían basarse en reglas alejadas de cuestiones puramente técnicas.

Cada uno de los miembros de los tribunales populares fue elegido por los vecinos, en las bases de las organizaciones de campesinos y trabajadores, en asambleas convocadas por las organizaciones revolucionarias, las que tuvieron lugar en cada una de las localidades donde funcionaría el tribunal. A estas asambleas, asistían los integrantes de la comunidad, quienes proponían a los candidatos para ocupar los cargos y, finalmente, procedían a la elección de no más de 15 ni menos de 10 miembros, los cuales debían ser mayores de 21 años de edad, poseer una escolaridad no inferior al sexto grado, tener una buena actitud ante el trabajo, disfrutar del

²³ *Tribunales populares* (folleto), p. 24.

²⁴ Esta denominación aparece recogida en el encabezamiento de todas las actas que confeccionó la comisión designada para la elaboración de los planes de trabajo necesarios para poner en práctica el proyecto (*Tribunales populares*, pp. 9-77).

respeto y la consideración de los vecinos de la localidad por su reconocida moral y estar integrado al proceso revolucionario.

La máxima dirección del país incitó el proyecto y, con la actuación de los tribunales populares, se convenció aun más de que, solo con la participación directa de los ciudadanos en los actos de impartir justicia, se alcanzaría la verdadera independencia y transparencia en el sistema judicial cubano.

Fue así como surgió y se materializó la idea de participación popular en la impartición de justicia en Cuba, incorporando directamente a las masas a esta importante función, lo que constituyó una prueba más de la confianza que depositó el Gobierno Revolucionario en la clase obrera. Los jueces legos adquirieron prestigio rápidamente y su actuación aniquiló la imagen del juzgador correccional, que primero fue desplazado por la actuación de los tribunales populares y, luego, eliminado totalmente del sistema judicial cubano.

Los tribunales populares

En el tiempo, se mantuvieron funcionando los Tribunales Revolucionarios y los tribunales populares y, ante la imperiosa necesidad de unificar las jurisdicciones existentes en un sistema judicial organizado, en correspondencia con el sistema socialista imperante, se elaboró un proyecto de organización del sistema judicial, en cuyas bases estuvo la integración de los tribunales por jueces profesionales y legos.

Este proyecto fue planteado por el presidente de la República en el mes de marzo de 1969, en ocasión de celebrarse el fórum de orden interior organizado por el Ministerio del Interior, con la participación, entre otros, de la administración de justicia ordinaria, los tribunales populares y los Tribunales Revolucionarios. Para ello, se constituyó la Comisión Nacional de Estudios Jurídicos, con un Secretariado que se concibió como el órgano central e impulsor de la vasta tarea legislativa que era necesario afrontar y, en este proyecto, lógicamente, tuvo una participación directa la administración de justicia.

En las bases que se proyectaron estuvo siempre presente la idea de participación directa del ciudadano en la administración de justicia y la elección de los jueces que desempeñarían estas funciones. De este modo, en las bases sobre la unificación de las jurisdicciones y principios de la justicia socialista, presentadas por el Secretariado de la referida Comisión, se estableció la participación popular en todos los niveles de los tribunales de justicia.

En las bases dedicadas al modo de elección de los jueces no técnicos, se propuso que el Partido Comunista de Cuba tomara parte en la organización de dichas elecciones, pero estas debían partir de asambleas que, a

su vez, fueran organizadas y convocadas por las organizaciones políticas y de masas en cada uno de los niveles territoriales.

Estas proyecciones jurídicas presentadas por el Secretariado de la Comisión de Asuntos Jurídicos, se sometieron a la discusión popular, en la que participaron tres millones de ciudadanos, y fueron aprobadas mediante la puesta en vigor de la Ley No. 1250, de 23 de junio de 1973, Ley de organización del sistema judicial, por la cual se unificaron las distintas jurisdicciones hasta ese momento existentes y se implementó el carácter colegiado de todos los tribunales, que estarían compuestos por jueces profesionales, titulados en Ciencias jurídicas, y por jueces legos en Derecho, electivos, responsables y revocables, siendo así que surge, y pasa a formar parte de nuestra organización judicial, la figura del juez lego.

En cada una de las estructuras del sistema judicial, estuvo concebida la participación de los jueces no profesionales. Las salas del Tribunal Supremo Popular, de los tribunales provinciales y de los tribunales regionales, para los actos de impartir justicia, se componían, además de los jueces profesionales y, en su caso, su presidente, por dos jueces legos.

Por otro lado, el Artículo 31 encomendó la actuación judicial en los tribunales populares de base a tres jueces, a ninguno de los cuales le era exigible la condición de graduado en Ciencias jurídicas, incluso la propia ley disponía que uno de ellos sería quien desempeñaría el cargo de presidente.

En esta ley, se puede decir que la más pura participación popular en la impartición de justicia estuvo relacionada con los tribunales populares de base, en los que a ninguno de sus miembros le era exigible la condición de graduado en Ciencias jurídicas para integrarlo; incluso, la actuación de estos jueces legos en materia de Derecho, no solo estuvo ligada a la resolución de los asuntos civiles y de los delitos leves y contravenciones, sino que, entre los tres jueces que se elegían para integrar estos tribunales, uno de ellos se designaba para ocupar el cargo de presidente. Así, durante varios años, el ciudadano común, elegido por sus compañeros de trabajo o por sus vecinos, de acuerdo con las cualidades y condiciones que se exigían, ostentó la honrosa misión de impartir justicia en nombre del pueblo.

Los jueces que integraban los tribunales populares de base eran elegidos por asambleas de vecinos de los barrios o localidades, o por asambleas de trabajadores de los centros laborales en que estaban enclavados. Estas asambleas eran convocadas por el Partido Comunista de Cuba, a instancia del Tribunal Supremo Popular. Pero la selección definitiva entre los elegidos correspondía al órgano colegiado que se integraba por el Comité Municipal o Seccional del Partido Comunista de Cuba, encargado de dirigirlo y por un delegado designado por cada una de las direcciones municipales o seccionales de la Unión de Jóvenes Comunistas, la Central de Trabajadores de Cuba, la

Federación de Mujeres Cubanas, los Comités de Defensa de la Revolución y la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños.

Así se estableció la intervención de jueces legos en el sistema judicial cubano, como «[...] un vehículo idóneo para que [...] esté representado el pueblo, a través de ciudadanos electos... dadas sus condiciones [...]».²⁵

CONCLUSIONES

1. En 1524, se inició la organización del sistema judicial en Cuba y con ello la función de impartir justicia fue depositada en manos de no profesionales del Derecho que actuaban unipersonalmente, lo que no significó que el pueblo estuviese representado en sede judicial, por cuanto los titulares de los cargos judiciales eran designados por quienes representaban los intereses de la Corona.
2. La participación popular en la toma de decisiones judiciales en Cuba nació del Derecho aplicado por los mambises en los campos insurrectos, donde la solución de los conflictos civiles y criminales se depositó en no profesionales del Derecho, lo que se vio truncado en la etapa neocolonial, donde el gobierno interventor prefirió a los jueces de letras.
3. La actual figura del juez lego ha transitado por tres etapas fundamentales, desde su introducción por los colonizadores españoles, aunque con una marcada tendencia a su extinción, solo revertida después del triunfo revolucionario de 1959.
4. El modelo de participación popular con que cuenta el sistema judicial es el fruto de la historia patria, pues tras la lucha contra la tiranía batistiana, se retomó la justicia aplicada por los mambises y se involucró al pueblo en el juzgamiento de sus pares, lo que permitió con el triunfo revolucionario crear un sistema en el que se conjugó a profesionales y legos en la administración de la justicia, de modo que el ciudadano común participa directamente en la función judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Álvarez, Homero: «La administración de justicia en Cuba: antecedentes, realidades y perspectivas» (conferencia, apertura del VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, Palacio de Convenciones, La Habana, 23 de mayo del 2012).

Álvarez Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1981.

²⁵ Osvaldo Dorticós Torrado: «El nuevo sistema judicial», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 6, 1973, p. 79.

- Borges, Milo A.: *Compilación ordenada y completa de la legislación cubana de 1899 a 1950*, 2.^a ed., vol. I (1899 a 1936), Editorial Lex, La Habana, 1952.
- Cañizares Abeledo, Diego Fernando: «El juez no profesional», en *Justicia y Derecho*, año 4, no. 6, marzo de 2006, La Habana, pp. 51-58.
- _____ : *El jurado*, La Habana, 2013.
- _____ : «El procedimiento correccional en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, año 1, no. 2, La Habana, octubre de 1972.
- _____ : *Teoría del Derecho*, Pueblo y Educación, La Habana, 1979.
- _____ : *Teoría del Estado*, Pueblo y Educación, La Habana, 1979.
- Carreras, Julio Ángel: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Pueblo y Educación, La Habana, 1990.
- Carrera y Jústiz, Francisco: *Introducción a la historia de las instituciones locales en Cuba*, t. 2, La Habana, 1905.
- Castro Ruz, Fidel: *La Historia me absolverá*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- Cuba Fernández, Santiago: Discurso pronunciado en el acto de apertura de los tribunales, el primero de septiembre de 1966, en *Tribunales populares* (folleto), La Habana, 1963.
- _____ : «Acerca de los tribunales populares», en *Cuba Socialista*, año III, no. 24, La Habana, agosto de 1962.
- Dorticós Torrado, Osvaldo: «El nuevo sistema judicial» (discurso, acto solemne por la constitución de los tribunales populares, 23 de diciembre de 1973), en *Revista Cubana de Derecho*, año II, no. 6, La Habana, julio-diciembre de 1973.
- Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- _____ : *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Fernández Bulté, Julio y otros: *Manual de Historia General del Estado y el Derecho I. Primera parte*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- Garcini y Guerra, Héctor: «Las comisiones de estudios jurídicos», en *Revista Cubana de Derecho*, año 1, no. 1, La Habana, enero de 1972.
- Hernández Corujo, Enrique: *Organización civil y política de las revoluciones cubanas de 1868 y 1895*, Rambla y Bouza, La Habana, 1929.
- Leguineche, Manuel: «Viaje a un Consejo de Guerra», en *El País*, domingo 11 de octubre de 1998, en www.parlamentocubano.cu/index.php/pagina-martiana/1459-marzo-2009.html.
- Llaca y Argudín, Francisco: *El procedimiento correccional en Cuba*, t. 1, Rambla y Bouza, La Habana, 1929.
- Morote y Greus, Luis: *Sagasta, Melilla, Cuba*, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, París, 1908.
- Novoa Fernández, Gumersindo: *Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo (1932-1939)*, Tribunal Supremo, La Habana, 1948.

Proclamas y leyes del Gobierno Provisional de la Revolución, Folletos de Divulgación Legislativa (parte I), Lex, La Habana, 1959.

Recopilación de las leyes de los reinos de Indias, 3 t., 5.^a ed., Boix Editor, Madrid, 1841.

Rousseau, Pablo L. y Pablo Díaz de Villegas: *Memoria descriptiva, histórica y biográfica de Cienfuegos (1819-1919)*, El Siglo XX, La Habana, 1920.

Soto, Lionel: *La revolución de 1933*, t. 3, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1977.

Stone, Regino: «Origen y funcionamiento de los tribunales de urgencia», en *Revista Cubana de Derecho*, año 2, no. 5, La Habana, abril-junio de 1971.

Tribunales populares (Folleto), Escuela de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 1963.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (1800-1940)

M.Sc. Eremis Marilyn Tamayo Pérez¹
jueza profesional, TPP de Las Tunas

EL DERECHO, AL igual que el Estado, tuvo su origen cuando se desintegró la comunidad primitiva y, desde entonces, ha acompañado a los hombres en todos los avatares de sus vidas. Los tribunales, con sus diversas formas y modalidades, han representado en cada época la cara visible del Derecho, han resuelto, a su manera, las diversas contradicciones humanas.

Para evitar el desorden y la anarquía entre los tribunales, estos poseen los atributos llamados *jurisdicción* y *competencia*.

Jurisdicción es la función estatal de hacer justicia, ejercida por los órganos creados con ese fin. Todos los tribunales poseen esa misma facultad, independientemente de su nivel jerárquico, tanto en el territorio en que la ejerzan como en la materia cuyo conocimiento se les haya asignado. Es la potestad —derivada de la soberanía del Estado— de aplicar el Derecho en el caso concreto, y resolver, de modo definitivo e irrevocable, una controversia que es ejercida por los tribunales, integrados por jueces autónomos e independientes.

La existencia de una pluralidad de tribunales en un mismo estado determina la necesidad de distribuir entre ellos el ejercicio de la jurisdicción. A esa distribución, se le llama *competencia*, que establece las atribuciones concretas de cada órgano jurisdiccional. La competencia, en sentido objetivo, es el conjunto de procesos en que el tribunal puede ejercer conforme a la ley, su jurisdicción y es considerada la medida de esta. Es la facultad y el deber de un juzgado o tribunal para conocer de un determinado asunto. Son competentes para procesar y juzgar determinadas causas. La competencia es por tanto la medida de la jurisdicción.

Lamentablemente, la historia de estas dos instituciones, en Cuba, no se encuentra adecuadamente sistematizada. Pese a la existencia de una amplia bibliografía acerca del tema, sobre todo entre los procesalistas, no encontramos ningún estudio que sistematice su evolución histórica en el país.

El sistema judicial en la Isla tiene una rica historia, tanto en la formación de los tribunales como en el funcionamiento y organización de estos, poco conocida, hasta el momento, al no contar con nada escrito al respecto, lo

¹ Tutor: Dr. Santiago A. Bahamonde Rodríguez.

que ha motivado que muchas de las instituciones que fueron concebidas y utilizadas en el pasado sean prácticamente desconocidas.

EL SIGLO XIX, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA ESPAÑOLA

La primera manifestación de cambios en la administración de justicia en el siglo XIX vino de España. La Constitución de 1812,² estableció la unidad de fueros³ en los negocios comunes, civiles y criminales, pero mantuvo las jurisdicciones eclesiástica⁴ y militar,⁵ cada una con sus fueros correspondientes. Crea, en la Corte, el Tribunal Supremo de Justicia, mientras la Audiencia, en lo esencial, quedó restringida a la administración de justicia.

En cada audiencia, se establecieron partidos proporcionalmente iguales y, en cada cabeza de partido, existió un juzgado con un juez de letras, cuya facultad se limitó precisamente a lo contencioso. En todos los pueblos, se establecieron alcaldes y sus facultades, en lo contencioso y en lo económico, fueron delimitadas en las leyes respectivas.⁶

El 26 de septiembre de 1835, se promulgó el Reglamento provisional para la administración de justicia, que entró en vigor en Cuba con ciertas modificaciones.⁷ El 7 de agosto de 1838, por Real Decreto, se establece la Audiencia de La Habana, que funcionaba en el edificio del Palacio de los Capitanes Generales y se inauguró el 8 de abril de 1839. Funcionó a la par de la Audiencia de Puerto Príncipe, pues tenían iguales funciones y composición.⁸

² Promulgada el 19 de marzo de 1812, en Cádiz, fue la primera en España. Oficialmente, estuvo en vigor hasta el 19 de marzo de 1814 y, también, durante el trienio 1820-1823, y en 1836-1837. Establecía el sufragio universal masculino indirecto, la soberanía nacional, la monarquía constitucional, la separación de poderes, la libertad de imprenta, el reparto de tierras y la libertad de industrias, entre otros aspectos. Para más información, ver las constituciones españolas del siglo XIX; María Cruz Soane: *El primer lenguaje constitucional español: las Cortes de Cádiz*; Jorge Mario García Laguardia: *La Constitución de Cádiz y su influencia en América: 175 años*; y Andry Matilla Correa y Marcos Francisco Massó Garrote (coordinadores): *De Cádiz (1812) a La Habana (2012). Escritos con motivo del bicentenario de la Constitución española de 1812*.

³ «En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas» (Constitución española de 1812, Artículo 248).

⁴ «Los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de su estado, en los términos que prescriben las leyes o que en adelante prescribieren» (*Ibid.*, Artículo 249).

⁵ «Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere» (*Ibid.*, Artículo 250).

⁶ *Ibid.*, artículos 273-275.

⁷ Julio A. Carreras: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, pp. 93-95.

⁸ *Diario de La Habana*, no. 103, sábado 13 de abril de 1838, pp. 2 «[...] ya se haya instalada y legalmente constituida la Real Audiencia Pretorial de La Habana en la Isla de

Por decreto de 1.º de abril de 1855 (publicado en la *Gaceta* del mismo día), vigente a partir del 1.º de mayo, se promulgó la Real Cédula, contenitiva de las normativas para la organización y competencia de los juzgados y tribunales de la Isla, en la que se establecieron las regulaciones para el buen funcionamiento de la administración de justicia.⁹

La Real Orden 125, de 5 de enero de 1891 (publicada en la *Gaceta* el 16 de febrero) puso en vigor, en la Isla, las disposiciones orgánicas de la administración de justicia en las provincias y posesiones ultramarinas, en la que se estableció que, para los efectos judiciales, el territorio se dividiría en distritos, partidos y términos municipales, con las audiencias territoriales, y de lo criminal, juzgados de primera instancia e instrucción, y municipales o de paz.¹⁰

Se establecieron seis audiencias: La Habana, Puerto Príncipe, Santiago de Cuba, Santa Clara, Matanzas y Pinar del Río,¹¹ que ejercieron su jurisdicción en el territorio de los juzgados que les fueron asignados.¹²

ALTERNATIVAS CUBANAS PARA EL TRÁNSITO A LA MODERNIDAD

La guerra de independencia que se inició contra España en 1868 dio lugar a las constituciones de Guáimaro, Baraguá, Jimaguayú y La Yaya, con las correspondientes leyes que de ellas se derivaron que, entre otros aspectos, regularon el sistema de justicia aplicable en el territorio de la República de Cuba en Armas, lo que constituye un indiscutible antecedente histórico de la actual organización judicial cubana.¹³

El 10 de abril de 1869 —en una asamblea efectuada en el poblado de Guáimaro, ocupado por las tropas cubanas—, los revolucionarios aprobaron

Cuba reina de las Antillas. Ya hemos visto entrar triunfante entre fiestas y regocijos con imponente aparato y magnificencia el augusto símbolo de la Majestad y el Imperio, el Real Sello de la Monarquía española, ese signo que da valor a nuestra autoridad como credencial de nuestra jurisdicción para ser por todos obedecida y acatada [...].»

⁹ *Organización y competencia de los juzgados y tribunales de la isla de Cuba, y Reglamentos para los juicios verbales, de conciliación, de menor cuantía, juzgados de bienes difuntos, y ministerio fiscal*, [s. p.].

¹⁰ *Compilación de las disposiciones orgánicas de la administración de justicia en las provincias y posesiones ultramarinas adicionada con varias disposiciones que aclaran o modifican su concepto*, Artículo 1.

¹¹ *Ibid.*, Artículo 4.

¹² *Ibid.*, Artículo 5.

¹³ *Vid.* Ramiro Guerra: *Manual de Historia de Cuba*; Enrique Hernández Corujo: *Organización civil y política de las revoluciones cubanas de 1868 y 1895*; Orestes Hernández Más: *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*; Ramón Infiesta: *Historia constitucional de Cuba*; Andrés María Lazcano y Mazón: *Las constituciones de Cuba*; Hortensia Pichardo: *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 1.

la Constitución de la República en Armas, la cual instituye un Gobierno integrado por el poder legislativo (de base unicameral, pues solo crea la Cámara de Representantes)¹⁴ y el poder ejecutivo (que lo ejercerá el presidente de la República).¹⁵ Se hizo el pronunciamiento de que el poder judicial es independiente¹⁶ (no quedó organizado ni regladas sus atribuciones, las que se dejan a una ley posterior, y se dice que es independiente).¹⁷

Paulatinamente, se dictaron otras leyes, como las de matrimonio civil¹⁸ (4 de junio de 1869), organización militar¹⁹ (dictada por la Cámara de representantes de la República en Armas, 9 de julio de 1869) y otras cuatro en agosto de ese año: de instrucción pública, de organización judicial (vetada por el presidente, entró en vigor en enero de 1871), de organización administrativa²⁰ y de cargas públicas.²¹

Si bien la Constitución de Baraguá no estableció tácitamente disposiciones en cuanto al poder judicial, el Artículo 5²² permite presumir la vigencia de las normativas que, con respecto a este, existían en la República en Armas, hasta ese momento, compatible con la situación imperante.

La Constitución de Jimaguayú reguló la administración de justicia mediante el Artículo 23, según el cual el poder judicial actuaría con independencia de todos los demás. Esto no puede confundirse con el conocido principio de que los jueces «solo deben obedecer a la ley», pues se refería, específicamente, a los criterios e ideas que debían formarse los jueces para fundamentar sus fallos.

En cuanto a la administración de justicia o poder judicial, la Constitución de La Yaya es menos explícita que la de Jimaguayú. Apenas declaró que la justicia criminal correspondería a los consejos de guerra; y la civil, a las autoridades civiles. No proclama, como las anteriores, la independencia de aquel; solo anuncia la proclamación de leyes al efecto.

Estas constituciones de la República en Armas dedican diferentes artículos para tratar el poder judicial: Guáimaro (22), Baraguá (6), Jimaguayú (23),

¹⁴ Constitución de Guáimaro, Artículo 1.

¹⁵ *Ibid.*, Artículo 16.

¹⁶ *Ibid.*, Artículo 22.

¹⁷ Andrés María Lazcano y Mazón: *Las constituciones de Cuba*, p. 33. Ver, también, Hernández Corujo: *Op. cit.*; Pichardo: *Op. cit.*, pp. 376-379.

¹⁸ Hernández Más: *Op. cit.*, p. 5.

¹⁹ *Ibid.*, p. 6.

²⁰ Aprobada en Sibanicú, el 7 de agosto de 1869, *apud* Carreras: *Op. cit.*, pp. 245 y ss. *Vid.* Hernández Más: *Op. cit.*, pp. 10.

²¹ Eduardo Torres-Cuevas y Oscar Loyola Vega: *Historia de Cuba (1492-1898). Formación y liberación de la nación*, 2.^a ed., p. 251.

²² «El Gobierno pondrá en vigor todas las leyes de la República que sean compatibles con la presente situación [...]» (Constitución de Baraguá, Artículo 5).

La Yaya (16 y 17). Las primeras tres anuncian que este poder es independiente; la última hace distinción entre las jurisdicciones civil²³ y militar,²⁴ al establecer que la administración de justicia, en lo criminal, corresponde a la jurisdicción de guerra y, en lo civil, a las autoridades civiles.

Como se aprecia, a pesar de las difíciles condiciones de la vida en la manigua mambisa, y junto al fragor de la guerra, se dictaron importantes normas jurídicas que coadyuvaron a la buena administración de justicia. Cada una, en su momento, estableció la independencia judicial y, al decir de Eduardo Torres-Cuevas, «[...] el corte avanzado de algunas de estas leyes, para su época, solo fue superado muchos años después [...]».²⁵

PRIMEROS AÑOS DE LA INTERVENCIÓN NORTEAMERICANA

La guerra por la independencia de Cuba no culminó en la conquista de la verdadera independencia nacional, ni mucho menos en la instauración de la república democrática y progresista por la que pelearon nuestros mambises.²⁶ El 10 de diciembre de 1898, se firmó el Tratado de París,²⁷ por medio del cual España renunció a todo derecho de soberanía y propiedad sobre la Isla.

Al quedar eliminada la jurisdicción del Máximo Tribunal de la metrópoli española, se hizo necesario crear un tribunal supremo en la isla, aunque la organización de los tribunales del país se mantuviera igual a los de la época de la colonia.

El Gobierno interventor de Estados Unidos adoptó una serie de medidas de carácter jurídico; entre ellas —por la Orden Militar No. 41, de 14 de abril de 1899—, la creación del Tribunal Supremo, que se engarzaba con el resto de los tribunales heredados del dominio español.²⁸ Dicha Orden —*Gaceta Oficial*, 23 de abril—, rubricada por Oswald. H. Ernst, brigadier general de voluntarios y jefe del Estado Mayor de la División de Cuba, comprendía todo lo relativo a la organización, jurisdicción y competencia del máximo órgano de justicia, el cual estaba constituido por una sala única para impartir

²³ Constitución de la Yaya, Artículo 17, en Enrique Hernández Corujo: *Op. cit.*, p. 227.

²⁴ *Ibid.*, Artículo 17.

²⁵ Torres-Cuevas y Loyola Vega: *Op. cit.*, [s.p.]; y Pichardo, *Op. cit.*, p. 252.

²⁶ *Idem.*

²⁷ El 10 de diciembre de 1898 —sin la presencia de los representantes de la Isla—, se firmó en París el Tratado de paz entre España y Estados Unidos, el cual ponía fin a la guerra. Comenzaba un incierto período de la historia nacional, en el que, al decir de Máximo Gómez, los cubanos no eran «ni libres ni independientes todavía». Para más información, ver Francisca López Civeira *et al.*, *Cuba y su historia*, p. 92.

²⁸ «Decreto sobre la creación del Tribunal Supremo en la isla de Cuba», en *Gaceta de la Habana*, 20 de abril de 1899, pp. 17-29.

justicia en los asuntos civiles, criminales y contencioso-administrativos, y radicaba en la capital del país.²⁹

La Orden Militar No. 152, de 1900, trataba sobre el Tribunal Correccional de La Habana y sus funciones, mientras se constituyeran los juzgados correccionales.³⁰ Esta, también estableció tribunales correccionales, para conocer de las faltas y delitos leves. Nacían así los antecedentes del sistema de justicia, que se conformaría en la Ley organizativa del poder judicial, durante la república mediatizada, de la que nacieron engendros institucionales para reprimir al movimiento popular revolucionario, como es el caso de los amargamente recordados tribunales de urgencia, cuya historia denigrante terminó con el triunfo de la Revolución.³¹

El Tribunal Supremo, en la etapa inicial, sufrió sucesivas modificaciones en su estructura y composición, y fue institucionalizado mediante la Ley orgánica del poder judicial, de 27 de enero de 1909.³² En ella, se denominó *tribunales* al Tribunal Supremo, las audiencias y los juzgados; como *jueces*, se comprendieron los municipales, los correccionales, los de instrucción y los de primera instancia, con inclusión de los suplentes; como magistrados, los que administraron justicia en las audiencias y el Tribunal Supremo, incluso los presidentes de sala y los de dichos tribunales.³³

La jurisdicción se ejercía de la siguiente manera: el Tribunal Supremo, en todo el territorio nacional;³⁴ las audiencias, en el territorio de los partidos judiciales que les correspondían;³⁵ y los juzgados municipales, en el territorio de sus respectivos juzgados.³⁶

En general, esta ley introdujo modificaciones importantes en el sistema judicial, con respecto a la época colonial, pues se crearon algunos juzgados de primera instancia e instrucción y algunos juzgados municipales; el presidente y los magistrados del Tribunal Supremo eran nombrados por el Ejecutivo; y, como elemento novedoso, incluyó el perfeccionamiento del procedimiento correccional en Cuba.

²⁹ *Ibid.*, Artículo IX, p. 21.

³⁰ *Civil Orderes and Circulars 1900, Intervención Americana*, vol. II, p. 179. Al respecto, ver Diego Vicente Tejera, *Estado de la legislación cubana y de la influencia que ejercen, en ella, la de España y la de otros países*, p. 69.

³¹ Rubén Remigio Ferro: «Discurso pronunciado por el aniversario 25 de los tribunales populares», p. 68.

³² «Ley orgánica del poder judicial», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., 27 de enero de 1909.

³³ Ley orgánica del poder judicial, artículos 7-10.

³⁴ *Ibid.*, Artículo 19.

³⁵ *Ibid.*, Artículo 22.

³⁶ *Ibid.*, Artículo 33.

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL EN EL PERÍODO 1901-1940

La Constitución de 1901³⁷ fue objeto de diversas modificaciones, todas ellas de acuerdo con los intereses de la clase o grupo gobernante y nunca en beneficio del pueblo.

En la Ley constitucional de 1934, «el poder judicial quedó organizado de la misma forma que lo estableció la Constitución de 1901, e incluso se repiten algunas de las disposiciones generales para la administración de justicia».³⁸ En la reforma constitucional del 22 de diciembre de ese año, se introdujeron modificaciones en torno a la administración de justicia, como la adición de la decimosexta disposición general, relativa a los tribunales de urgencia.

El 15 de junio de ese año, se dictó el Decreto Ley 292, que creó los tribunales de urgencia (*Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 56, de 16 de junio de 1934), a los cuales correspondía el conocimiento, en juicio oral y público, de los pleitos definidos y castigados en el Decreto Ley No. 51, de 5 de marzo de 1934.

Por otro lado, la Ley constitucional de 1935, como la de 1901, dedicó su título x al poder judicial —artículos del 82 al 90— y siguió las normas de aquella con las innovaciones de la de 1934.

LA CONSTITUCIÓN DEL 40 Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA JUDICIAL

En 1940, se conformó una nueva Asamblea Constituyente y se aprobó otra Constitución, la cual constitucionalizó la carrera judicial,³⁹ estableció los principios fundamentales en que se sustentó esta función, estableció que la justicia sería gratuita en todo el territorio nacional, que los jueces y fiscales eran independientes en el ejercicio de sus funciones y no debían obediencia más que a la ley, y reconoció al Tribunal Supremo de Justicia como el más alto tribunal.⁴⁰

El poder judicial se estructuraba a partir del Tribunal Supremo, máximo órgano de administración de justicia, con varias salas y una especialmente importante: la de Garantías Constitucionales y Sociales, que debía conocer las causas de inconstitucionalidad de leyes u otros actos administrativos.⁴¹

³⁷ Constitución de la República adoptada por la Convención Constituyente.

³⁸ Jorge de la Fuente: *Análisis constitucional desde Jimaguayú hasta el 40*, p. 95.

³⁹ Constitución de 1940, de 5 de junio de 1940, en *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Constituciones hispanoamericanas*, Artículo 175.

⁴⁰ *Ibid.*, Artículo 170.

⁴¹ *Ibid.*, Artículo 172.

Después, estaban las audiencias provinciales con diferentes salas; en los municipios, los juzgados municipales y los jueces de instrucción de las causas penales; y, en la base de todo el sistema, como una huella de la intervención norteamericana, los juzgados y jueces correccionales, unipersonales y con atribuciones desmedidas.⁴²

Además del Tribunal Supremo y del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, existía el Tribunal Superior Electoral. Por último, otras dos instituciones de carácter judicial, que constituyen innovaciones introducidas por la Constitución de 1940, son el Gran Jurado⁴³ y el Consejo Superior de Defensa Social.⁴⁴ El primero, para decidir sobre la responsabilidad penal y los motivos de separación en que podían incurrir el presidente, los presidentes de salas y los magistrados del Tribunal Supremo. El segundo estaba encargado de la ejecución de las sanciones y de las medidas de seguridad que implicaran la privación o la limitación de la libertad individual, y de la organización, dirección y administración de todos los establecimientos e instituciones penales.

En resumen, la Constitución de 1940 fue evidentemente prolija y detallista, pero tuvo el defecto de posponer, para posteriores leyes complementarias, disposiciones que solo se expresaban en el texto constitucional, de forma general como proyecto, programa o aspiración social, política o económica. Fue una constitución muy progresista para su época, por los derechos que les daba a los ciudadanos, sobre todo los de tipo social, que no se llevaron a la práctica por todas las razones que sabemos. Aun con todas las limitaciones que tenía y con la falta de leyes, creó la carrera judicial y estableció los principios fundamentales en los que se sustentó esta función.

CONCLUSIONES

1. En la Cuba colonial, una de las características fundamentales de la administración de justicia fue la multiplicidad de órganos vinculados a esta actividad, con varios tipos de jurisdicción (ordinaria, militar, mercantil y eclesiástica) y competencia que, en muchas ocasiones, se interponían unos a otros, al no existir límites previamente determinados, cuya solución definitiva estaba en manos del monarca. No existía independencia de los órganos encargados de la impartición de justicia, al confluir en ellos funciones judiciales, ejecutivas y legislativas, lo que provocaba serios conflictos a la hora de aplicar la justicia.

⁴² *Ley orgánica del poder judicial de 1909, adaptada a la Constitución de 1940 y con todas las modificaciones introducidas hasta abril de 1950*, Artículo 13.

⁴³ Constitución de 1940, Artículo 208.

⁴⁴ *Ibid.*, Artículo 192.

2. Las normativas judiciales en el siglo XIX, en materia jurisdiccional, supusieron una ruptura con el sistema de administración de justicia anterior. Se logró reorganizar los tribunales, se instituyó la unidad jurisdiccional o de fueros y se establecieron sustanciales transformaciones en los procedimientos, que condujeron a la sustitución de todo el andamiaje judicial del feudalismo, lo que supuso un avance para la época; aunque en la práctica en Cuba, continuaron algunas jurisdicciones especiales como la de guerra y marina. Un elemento novedoso, en este período, fue la creación del primer Tribunal Supremo de la Isla, el 14 de abril de 1899.
3. A pesar de las difíciles condiciones de vida en la manigua mambisa (1868-1898), junto al fragor de la guerra, se realizaron importantes normas jurídicas que coadyuvaron a la buena administración de justicia, partiendo de los textos constitucionales que, en su momento, establecieron la independencia judicial y otras normas de carácter procesal que, posteriormente, fueron utilizados en la lucha del Ejército Rebelde y en los primeros años de la Revolución triunfante, como cuerpos legales en la administración de la justicia penal.
4. Al comenzar la época republicana, la administración de justicia continuó funcionando sobre la base de las instituciones establecidas en Cuba a finales del siglo XIX. La organización de los tribunales de justicia, en cuanto a jurisdicción y competencia, era la misma que en la época de la colonia, aunque la Ley de organización del poder judicial, de 1909, introdujo modificaciones importantes en los detalles del sistema judicial, y estuvo vigente por casi 70 años.
5. La Constitución del cuarenta fue una de las más progresistas, entre los países capitalistas, y muy cercana al pensamiento social avanzado en su época. Sin embargo, quedó como un texto frustrado e incompleto, pues sus medidas más radicales nunca se cumplieron porque los gobiernos corrompidos y entreguistas lo impidieron. Un aspecto relevante y novedoso para la administración de justicia fue la creación, en el Tribunal Supremo, de la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, que debía conocer de las causas de inconstitucionalidad de leyes y otros actos administrativos, lo que convirtió al Tribunal Supremo en guardián de la propia Constitución.
6. Aun cuando, a inicios de la etapa republicana, se continuó administrando justicia con las instituciones heredadas de la colonia, se realizaron cambios significativos, como la constitución de la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales y de los tribunales correccionales y de urgencia, lo que supuso una ruptura con el régimen anterior y un salto cualitativamente superior, en el que continuaron vigentes los principios esenciales de la administración de justicia, como la independencia del

poder judicial y la profesionalización de los jueces que se mantuvieron inalterables, como expresó la Ley orgánica del poder judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Carreras, Julio A.: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982.
- Colectivo de autores: *Manual de historia general del Estado y del Derecho*, t. 2, 2.^a ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Cruz Soane, María: *El Primer lenguaje constitucional español: las Cortes de Cádiz*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1968.
- Fernández Bulté, Julio: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Fuente, Jorge de la: *Análisis constitucional desde Jimaguayú hasta el 40*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989.
- García Laguardia, Jorge Mario: *La Constitución de Cádiz y su influencia en América: 175 años*, 1988, [s.m.d.].
- Guerra, Ramiro: *Manual de historia de Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- Hernández Corujo, Enrique: *Organización civil y política de las revoluciones cubanas de 1868 y 1895*, Rambla, Bouza y Cia., La Habana, 1929.
- Hernández Más, Orestes: *Antología de documentos para el estudio de la historia del Estado y el Derecho en Cuba*, La Habana, 1976.
- _____: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, La Habana, [s.f.]
- Infiesta, Ramón: *Historia constitucional de Cuba*. Cultural S.A., La Habana, 1951.
- Lazcano y Mazón, Andrés María: *Las constituciones de Cuba*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952.
- _____: *Ley orgánica del poder judicial de la República de Cuba, contiene las modificaciones hasta el momento, las resoluciones de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que la interpretan y reglamentan, contiene preceptos de otras leyes que imponen deberes a los funcionarios y auxiliares del poder judicial*, Cultural S.A., La Habana, 1931.
- López Civeira, Francisca et al.: *Cuba y su historia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- Matilla Correa, Andry y Marcos Francisco Massó Garrote (coordinadores): *De Cádiz (1812) a La Habana (2012). Escritos con motivo del bicentenario de la Constitución española de 1812*, Ediciones ONBC, La Habana, 2011.
- Organización y Competencia de los juzgados y tribunales de la isla de Cuba, y Reglamentos para los juicios verbales, de conciliación, de menor cuantía, juzgados de bienes difuntos, y ministerio fiscal*, Imprenta del Gobierno, La Habana, 1855.
- Pichardo, Hortensia: *Documentos para la historia de Cuba*, 5 t., 2.^a ed., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971.

- Ramírez Olivella, Gustavo: *Ley orgánica del poder judicial de 27 de enero de 1909 con todas las modificaciones introducidas hasta abril de 1939 inclusive*, Compañía Editora de libros y Folletos O'Reilly, La Habana, 1939.
- Remigio Ferro, Rubén: «Discurso pronunciado por el aniversario 25 de los tribunales populares», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 13, La Habana, enero-junio de 1999.
- Torres-Cuevas, Eduardo y Oscar Loyola Vega: *Historia de Cuba 1492-1898, Formación y liberación de la nación*, 2.^a ed., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2002.
- Vicente Tejera, Diego: *Estado de la legislación cubana y de la influencia que ejercen en ella la de España y la de otros países*, Editorial Reus. S.A, Madrid, 1925.

Legislación

- «Constitución de Guáimaro (1869)», en Hernández Corujo, *Op. cit.*
- «Constitución de Baraguá (1878)», en Pichardo, *Op. cit.*
- «Constitución de Jimaguayú (1895)», en Hernández Corujo, *Op. cit.*
- «Constitución de la Yaya (1897)», en Hernández Corujo, *Op. cit.*
- Constitución de la República de Cuba adoptada por la convención constituyente y adicionada con la Enmienda Platt y el Tratado de Paz celebrado en París*, 4.^a ed., La Moderna Poesía, La Habana, 1904.
- «Constitución de 1940, de 5 de junio de 1940», en *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Constituciones hispanoamericanas.*
- Constituciones españolas*, ed. conjunta del Congreso de Diputados y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1986.
- «Ley constitucional de 1934, reformada el 22 de diciembre de 1934», en *Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Constituciones Hispanoamericanas.*
- «Ley de organización administrativa aprobada en Sibanicú, el 7 de agosto de 1869», en Carreras, *Op. cit.*
- «Ley orgánica del poder judicial», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 27 de enero de 1909.
- «Ley procesal del poder judicial», en Hernández Corujo, *Op. cit.*
- «Decreto sobre creación del Tribunal Supremo en la Isla de Cuba», en *Gaceta de la Habana*, 20 de abril de 1899, La Habana, 1899.
- «Ley orgánica del poder judicial, 27 de enero de 1909», 2.^a ed., adaptada a la Constitución de 1940 y con todas las modificaciones introducidas hasta abril de 1950, compilada por Gustavo Ramírez Olivella, magistrado del Tribunal Supremo.
- «Ley penal de Cuba en Armas, de 28 de julio de 1896», en *Leyes penales de la Revolución*, vol. IV, cuaderno extraordinario, Lex, La Habana, marzo de 1959.

LA IMPARCIALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA JURISDICCIÓN

M.Sc. Yoel Quinta Arango¹
juez profesional, TPP de Matanzas

EL PODER JUDICIAL constituye la primera línea de defensa para la protección de los derechos y las libertades individuales a nivel nacional y tiene una relación crucial con la protección de cada uno de los derechos.²

Así, los tribunales, como mecanismo principal para interpretar y aplicar la ley, desempeñan una función fundamental en la labor de garantizar la observancia de todos los derechos y libertades protegidos. Las deficiencias de la administración de justicia ponen en riesgo la capacidad del individuo de tener acceso a la justicia en todos los ámbitos de la vida.³

En consonancia con ello, se presenta la jurisdicción como la parte del Derecho procesal que, como función del Estado, tiene por objeto regular y organizar la administración de justicia y la seguridad jurídica; por eso, resulta lógico que la jurisdicción, como sostén del aparato estatal, y desde este ámbito, tenga como plataforma el cumplimiento de varios principios o presupuestos, sin los cuales aquella sería desconocida.

En este campo, converge la imparcialidad judicial como «principio de principios», que es identificable con «la esencia del concepto de juez en un Estado de derecho»: «Imparcial ha de ser toda la justicia y cualquier poder político, cuando pretende hablar en nombre de todos».⁴

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

La imparcialidad implica la independencia del tribunal judicial, respecto a todo tipo de poder o presión, política y social.⁵

¹ Tutor: Dr. Julio A. Fernández Estrada.

² Leandro Despouy: «Informe del relator especial a la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, correspondiente al año 2003».

³ Lucía Aseff: «Independencia judicial. Juez, sociedad y poderes públicos».

⁴ Norbert Brieskorn: *Filosofía del Derecho*, p. 162.

⁵ Despouy: *Op. cit.*

Este principio condiciona la existencia del propio juzgador e indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad, para procesar y sentenciar el litigio, debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez, al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo, inmediato o mediato, en la solución del litigio (imparcialidad), y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).

La imparcialidad es un rasgo propio y característico de la actuación del juez. Es un valor que ha de cumplirse de modo absoluto, para que la función de este pueda ser considerada como tal. Aplicada al juez, la imparcialidad es un valor absoluto y un derecho fundamental e indispensable para el cumplimiento de las exigencias del debido proceso.⁶

Si no se puede confiar en que el poder judicial decidirá sobre los casos, imparcialmente y conforme a la ley y no por presiones e influencias externas, su rol será distorsionado y socavada la confianza pública en el gobierno.⁷

La imparcialidad judicial reclama la neutralidad del órgano juzgador; pero, solo en ocasiones, su transgresión será una infracción del principio de legalidad, ya que cabe que un juez imparcial opte entre distintas interpretaciones de las leyes, unas más adecuadas al tenor de la ley que otras. Quiere decir que el juez, constitucional y convencionalmente, está obligado a dictar sentencia de acuerdo con la ley y los valores de una comunidad social, y no contaminado por los prejuicios y convicciones personales. Tampoco la imparcialidad es equivalente al valor *justicia*, es decir, a su realización en un caso concreto, pese a su conexión con el derecho a un juicio justo.⁸

Un juez estrictamente imparcial puede acabar por ser injusto, pero es mucho más probable que un juez parcial sea injusto. En definitiva, lo que significa la imparcialidad es que la ley —el ordenamiento jurídico— sea el único criterio de juicio del juez.⁹

La imparcialidad quiere decir desinterés y neutralidad;¹⁰ consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez, finalidad a la que atiende todo un sistema de incompatibilidades y prohibiciones, de recusaciones y abstenciones;¹¹ es decir, la imparcialidad, el desinterés y la

⁶ Adolfo Alvarado Velloso: *La imparcialidad judicial*.

⁷ Carlos Gómez Martínez: *Los valores del juez constitucional. La imparcialidad*.

⁸ Lina Marcela Escobar-Martínez: «La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro», pp. 181-214.

⁹ Joan Pico I. Junoy: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, p. 23.

¹⁰ Rafael Jiménez-Asensio: *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, p. 71.

¹¹ Junoy: *Op. cit.*

neutralidad se dan en relación con la decisión misma, lo cual no significa que la decisión sea objetiva: sigue siendo subjetiva, pero dentro del marco jurídico existente, el cual prevé, incluso, las sanciones para aquellos sujetos que lo vulneren y decidan con intereses personalísimos, que no realizan los postulados constitucionales y de justicia en última instancia.

Para Andrea Schedler, la imparcialidad en la esfera judicial «exige aplicar las normas legales, haciendo caso omiso de la pasión, el interés y la ideología. De esta manera, la imparcialidad entroniza las normas legales como el único móvil legítimo de las decisiones judiciales y excluye todas las demás consideraciones como ilegítimas, como intrusos foráneos que se deben mantener fuera de sus territorios vulnerables».¹² Para este autor, prejuicio, sesgo, discriminación, inequidad, favoritismo, nepotismo y corrupción son conceptos que describen los opuestos a la imparcialidad. «Todos ellos indican la intrusión ilegítima de criterios extralegales en el juicio legal. Describen decisiones que no están ancladas en reglas universalistas, sino contaminadas con la pasión, la ideología o el interés».¹³

De hecho, la *imparcialidad*, como atributo consustancial a la función jurisdiccional —por su propia naturaleza, esencia y contenido—, se nos presenta, además, como un elemento ajeno al sistema de justicia inquisitivo, que, como se sabe, se caracterizó por la centralidad de una etapa de investigación secreta, realizada por un juez en quien se concentraban las funciones de investigar, acusar y juzgar al reo y, aun de defender, pues se entendía que el inquisidor era tan perfecto que podía cumplir los roles de acusador y defensor, al mismo tiempo.¹⁴ En este esquema, el interés represivo del Estado primó sobre los derechos de los individuos, en correspondencia con una época en la que los derechos esenciales de la persona no habían adquirido un estatus de preeminencia sobre este.¹⁵

Por eso es que, en el sistema inquisitivo, no puede hablarse con propiedad de una *imparcialidad judicial*, en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador... Es decir: *juez y parte*. En efecto: si el juez es un verdadero tercero en el proceso (en situación de clara ajenidad o de neutralidad), respecto a las partes procesales, es obvio que no debe hacer, ni puede aceptarse bajo pretexto alguno, que haga lo que constituye esencial tarea de toda parte procesal.

La tarea de *ser imparcial* es difícil, pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable, con todas las calidades que el vocablo involucra.

¹² Andrea Schedler: *Argumentos y observaciones, de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial*.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, p. 559.

¹⁵ Juan Enrique Vargas: «Curso de reformas a la justicia en América Latina y derechos fundamentales», p. 55.

Ello exige del juez —en opinión del profesor argentino Adolfo Alvarado Velloso, sustentada evidentemente en las experiencias y especificidades del modelo de justicia de su país—, una actuación que, entre muchas otras cuestiones, garantice: ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos); independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; no identificación con alguna ideología determinada; completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno, y a la influencia de la amistad, el odio, un sentimiento caritativo, la haraganería, los deseos de lucimiento personal y figuración periodística; no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso; impedir toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción; y evitar fallar según su propio conocimiento privado del asunto.¹⁶

Otros autores —como el profesor español Carlos Gómez Martínez— consideran que, para el cabal cumplimiento del principio de imparcialidad en el entorno judicial, se precisa de varios requerimientos; entre ellos: a) el juez ha de actuar con plena conciencia de que su legitimidad para ejercer sus funciones se funda en su imparcialidad; b) la imparcialidad ha de derivarse no solo de la no concurrencia de causas legales de abstención y de recusación, sino, también, del esfuerzo personal del juez por conocer sus propios prejuicios, para intentar evitarlos; c) en el curso del proceso, el juez debe mostrarse interesado, de igual forma, por los puntos de vista y argumentos ofrecidos por una y otra partes; d) el juez debe evitar toda colusión de intereses, aparente y real, con las partes, y con fiscales y abogados; e) el juez ha de respetar la palabra del justiciable, su personalidad y su dignidad, sin discriminaciones de sexo, cultura, situación social, ideología, etnia o religión; ha de tratar a toda persona que comparece ante él con cortesía, facilitándole todas las aclaraciones necesarias; f) ni en el proceso ni en la sentencia, el juez debe optar por vías que eviten el debate o la contraposición franca de argumentos y puntos de vista.¹⁷

Tampoco se puede confundir la *imparcialidad* con insensibilidad social. Nada más opuesto, pues la imparcialidad se nutre de lo social, dado que no es la aplicación fría de una norma con abstracción completa de su entorno [...] es poner la mirada en lo que es justo y equitativo allí donde se encuentren y no donde nuestros deseos, intereses o conveniencias quisieran hallarlo.¹⁸

¹⁶ Alvarado Velloso: *Op. cit.*

¹⁷ Gómez Martínez: *Op. cit.*

¹⁸ José Alejandro Gómez Orozco: *La imparcialidad judicial: una garantía ciudadana o una virtud del juez.*

De todo lo anterior, se deduce la confirmación de que es la *imparcialidad* un presupuesto *sine qua non* de la función jurisdiccional contemporánea, con un carácter multidimensional, cuya realización efectiva, en la práctica, dependerá de una amplia gama de interpelaciones y condiciones atribuibles y circundantes en torno al juez, que lo convierten en un factor de incidencia directa en la plataforma sobre la cual se soporta la organización estatal de cualquier nación, a la par que se presenta como un valladar inconmensurable, para el debido resguardo y protección de los derechos y garantías de los ciudadanos (dualidad de carácter).

IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL

A menudo, la independencia y la imparcialidad aparecen emparejadas. Y es que, entre ambos conceptos, hay una zona compartida.

En todo caso, tanto la independencia como la imparcialidad son categorías relacionales, que se proyectan sobre una pluralidad de situaciones o escenarios; ser independiente implica precisar con respecto a quién o a qué; y, en segundo lugar, son categorías instrumentales, dirigidas a realizar los principios de legalidad y de juridicidad inherentes al Estado de derecho: a reforzar la dependencia de la ley y la independencia de las partes.¹⁹

En las sociedades democráticas y de mercado, los poderes judiciales independientes e imparciales contribuyen al balance equitativo y estable entre los poderes del Estado; protegen los derechos individuales y preservan la seguridad de la persona y la propiedad; resuelven las disputas comerciales de una manera predecible y transparente, que promueve la competencia justa y el crecimiento económico; son una clave para contrarrestar la corrupción pública y privada, y así reducir la manipulación política e incrementar la confianza pública en la integridad del Gobierno.²⁰

Independencia e imparcialidad definen un campo de actuación propio del juez, ajeno a interferencias e influencias externas. Pero la independencia supone la afirmación de ese ámbito de actuación propio, frente a los poderes públicos y privados; se manifiesta en la imposibilidad jurídica de dirigir instrucciones o recomendaciones a los miembros del órgano en relación con su actividad jurisdiccional.²¹ La imparcialidad se refiere, en cambio, a la actuación del juez frente a las partes.

La independencia define la posición institucional del juez, pertenece a su estatuto profesional. La imparcialidad, sin embargo, hace referencia al

¹⁹ Juan Luis Requejo-Pagés: *La jurisdicción e independencia judicial*, pp. 116 y ss.

²⁰ *Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*.

²¹ Pablo Santoloya y Javier García-Roca: *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de derechos humanos*, p. 334.

papel del juez en el proceso, es una garantía procesal y la garantía de un proceso justo.

La independencia no es un valor en sí misma, sino que existe en función de la imparcialidad. La independencia es la garantía estatutaria del derecho fundamental a la imparcialidad del juez en el proceso.²²

Como afirmó Ferrajoli, la imparcialidad es «la ajenidad del juez a los intereses de las partes en el proceso» e independencia es «su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo tipo de poderes».²³

Esto quiere decir que en el marco de la relación existente entre ambas categorías, la independencia se trasluce como un mecanismo legal que asegura la imparcialidad, pues aquella —desde su condición de principio constitucional— contribuye a que los jueces, al dictar sus resoluciones, solo se atengan a lo fijado en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el país y las leyes que conforman el ordenamiento jurídico nacional.

La independencia judicial, para poder satisfacer atinadamente el citado rol de garante de la imparcialidad, se articula en un doble plano: independencia frente a los otros poderes del Estado,²⁴ e independencia frente a las autoridades del organismo judicial.²⁵

Por eso, resulta más fácil hablar de la independencia que de imparcialidad: la primera es de origen externo, lo que ubica al enemigo fuera de casa, la segunda está en las manos del juez y, aunque exista el riesgo de que las circunstancias externas aboquen a la parcialidad, el juez siempre puede salvar su imparcialidad mediante la abstención, ya que, en definitiva, la imparcialidad es una virtud pasiva.

Como advierte De Otto, la imparcialidad no puede ser entendida como «mandato de neutralidad general, política sobre todo, que solo podría realizarse en un juez de naturaleza cuasi divina. La jurisdicción no es nada similar a un sacerdocio civil, figura retórica esta muy querida de la ideología judicial y que contiene, con frecuencia, una minusvaloración de los aspectos técnicos de la función».²⁶

Esta aseveración de improcedencia, en cuanto a intentar identificar la imparcialidad con ordenanza de neutralidad universal, desligada de todo

²² Gómez Martínez: *Op. cit.*

²³ Luiji Ferrajoli: *Derecho y razón, teoría del galantismo penal*, p. 54.

²⁴ Como uno de los poderes del Estado y sobre la base del principio de separación de poderes, el organismo judicial es independiente del poder ejecutivo y del legislativo.

²⁵ No solo se debe dar frente a los otros poderes, sino, también, a los otros jueces y magistrados. A diferencia de lo que ocurre con el ministerio público, la organización jerárquica del organismo judicial es exclusivamente funcional y solo permite que un tribunal pueda revocar las decisiones del juez inferior, cuando se plantea recurso conforme al procedimiento legalmente establecido.

²⁶ Ignacio de Otto: *Estudios sobre el poder judicial*, p. 63.

tipo de influjo político, se adviene, perfectamente, a los jueces integrantes del sistema judicial cubano en la actualidad, cuya misión institucional se conforma de un matiz, esencial e indisolublemente político.²⁷

INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES

Atendiendo a la eminente trascendencia que adquiere el principio de *imparcialidad* como presupuesto insoslayable de la actividad jurisdiccional —que, a su vez, es base del poder público de los estados—, a todas luces, resulta evidente la necesaria existencia y vigencia de disposiciones legales de carácter internacional que aboguen y reconozcan su validez.

El panorama legislativo internacional, en este ámbito, está encabezado por la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyo Artículo 10 establece que «toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial».

Como se sabe, dicha Declaración —que desde el punto de vista técnico, no es considerada una convención internacional, pues no es objeto de ratificación por los signatarios—, por su significado moral e histórico, tiene un enorme valor interpretativo de la Carta de la ONU y de otros textos internacionales, para todas las instancias encargadas de aplicar las normas relacionadas con los derechos humanos en las últimas décadas.²⁸ Lo anterior ha motivado, incluso, que varias constituciones de América Latina le hayan reconocido jerarquía constitucional²⁹ y, en algunos casos, las cortes supremas de justicia han consagrado el valor normativo de este texto en el ordenamiento jurídico interno³⁰ y han incluido —por supuesto— el precepto legal concerniente a la imparcialidad judicial.

Otro texto trascendental es el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 1966, cuyo Artículo 14 plantea que «toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial».³¹

²⁷ El Sistema de Tribunales Populares ha identificado, como misión básica, la de «impartir justicia en nombre del pueblo de Cuba, con acierto, inmediatez, profesionalidad, transparencia y humanismo, para contribuir a la seguridad jurídica y a la preservación y desarrollo de nuestra sociedad socialista», de cuya mera lectura se deduce su trasfondo eminentemente político.

²⁸ Pedro Nikken: *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Cuba*, p. XIII.

²⁹ Véase, por ejemplo, el Artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, tal como quedó reformada en 1994.

³⁰ Países como Argentina, Costa Rica y Venezuela constituyen ejemplos de esta tendencia.

³¹ Este Pacto, junto con la Declaración universal de los derechos humanos y el Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales, de 1966, conforman lo que en la doc-

Distintos textos internacionales, no menos relevantes, también reconocen esta garantía. Así, la Convención americana para los derechos humanos la instituye en el Artículo 8.1, mientras que el Artículo 6.1 de la Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas dispone que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial».

De manera general, estos cuerpos normativos ilustran, de por sí, la esencia misma de la *imparcialidad*, en cuanto a todos los aspectos que ya he enunciado, y resaltan, de forma particular, el papel protagónico que se le atribuye en el ámbito de la salvaguarda y protección de los derechos y garantías de los ciudadanos en la esfera jurisdiccional y, específicamente en el entorno procesal, además de su directa vinculación con el principio de independencia judicial.

INSTRUMENTOS LEGALES NACIONALES

Cuba, como firmante de la Declaración universal de derechos humanos, enfoca su sistema normativo interno en pos de la defensa y el reconocimiento de la imparcialidad judicial.

El reconocimiento legal del principio de *imparcialidad*, como atributo consustancial a la función jurisdiccional en el caso cubano, se deduce principalmente del Artículo 122 del texto constitucional, complementado por el 2, acápite 1, de la Ley No. 82/97, «De los tribunales populares», especialmente cuando, en dichos preceptos, se asevera que, en la labor de impartir justicia, los jueces «no deben obediencia más que a la ley».

Esta afirmación deductiva adquiere justificación cuando, desde una posición lógica, se analizan la esencia y el contenido de la expresión antes referida, pues, si se asevera que el juez no debe obediencia más que a la ley, se da por sentado que este queda exento de someterse a cualquier tipo de actuación impuesta o conminada en el ámbito de sus funciones, independientemente de la fuente de origen de aquella, y que sus actos deben estar exclusivamente rectorados por la ley, lo que ubica en plano de paridad a todos los destinatarios de aquella, incluyendo a los representantes de los intereses estatales.

Sin embargo, resulta en extremo llamativo que, tratándose de un presupuesto cardinal para el debido ejercicio de la función jurisdiccional, esto no aparezca nítidamente consignado en el texto constitucional ni en el texto orgánico regular de la actividad judicial cubana, tal como el principio de

trina moderna se ha hecho llamar «Carta internacional de los derechos humanos», de la que Cuba está ausente.

independencia, que sí consta expresamente plasmado en una y otra disposiciones.³²

El texto constitucional de Estados Unidos y las leyes orgánicas del poder judicial de Ecuador demuestran una mejor técnica legislativa en este sentido, al enunciar el planteamiento directo y taxativo del principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.³³

Bajo ningún concepto, se pretende profesar la tesis de que el cabal cumplimiento y respeto de la imparcialidad, en la práctica judicial consuetudinaria, será dependiente de una mejor o peor previsión legislativa, ni siquiera expresada al más alto nivel, pues es conocido que, tanto como para otros derechos y garantías, «no basta con el simple reconocimiento formal para asegurar su realización, sino que es imprescindible la previsión del conjunto de medios materiales en paridad con los formales, a fin de propiciar su ejercicio y defensa».³⁴ Simplemente, se trata de reflexionar sobre lo satisfactorio y positivo que sería, para el propio diseño de la actividad judicial, este nivel de precisión normativa en torno a uno de sus postulados básicos, a partir de considerar el razonamiento de que «una buena legislación es solamente el primer paso —ni siquiera el más importante o el más difícil— en el camino de una efectiva defensa de los derechos [...]»,³⁵ con el argumento adicional de que «la Constitución ha de entenderse como la ley fundamental que organiza y delimita jurídicamente el espacio de acción del Estado, de otros entes públicos, sociales, privados y de los individuos. Sus previsiones habrán de ser considerados [*sic*] como normas de eficacia directa, mandatos, ya provengan de los principios y valores objetivados o de las normas del Derecho»,³⁶ todo lo cual confirma la pertinencia de que este medular principio conste reconocido, de manera directa, específica e indiscutible, al menos en el texto constitucional.

³² En el Artículo 122 de la Constitución cubana, se aprecia claramente la situación referida.

³³ Uno de los artículos que se añadieron a la Constitución de Estados Unidos (el 6) dispone que «en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado *imparcial* del distrito y Estado en que el delito se haya cometido [...]». Por su parte, el Artículo 9 del Código orgánico de la función judicial del Ecuador (2009) establece que «la actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será *imparcial*, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley los elementos probatorios aportados por las partes».

³⁴ Martha Prieto Valdés: «Funciones de la Constitución», p. 40.

³⁵ Luigi Ferrajoli: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, p. xviii. Este autor expuso el axioma referido, respecto a los derechos de los infantes, pero, en mi opinión, su contenido se ajusta, perfectamente, a toda clase de derechos.

³⁶ Prieto Valdés: *Op. cit.*

Esta coyuntura, omisiva en cuanto a la no enunciación expresa del principio de imparcialidad judicial en textos legales fundamentales, no es exclusiva de Cuba. Varios textos constitucionales, sobre todo del modelo judicial romano-canónico, asumen similar postura, y la Constitución española es un ejemplo fidedigno de ello.

IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y DEBIDO PROCESO

Atendiendo a los elementos esenciales que advierten a la imparcialidad del tribunal, como atributo consustancial a la función jurisdiccional (la exclusión del *iudex suspectus*), es evidente que ella, en sí, constituye una garantía esencial que se debe amparar en virtud del denominado *debido proceso*, que aparece como un conjunto de *principios de carácter suprapositivo y supranacional*, cuya legitimación es, sobre todo, histórica, pues proviene de: la abolición del procedimiento inquisitorial, la tortura como medio de prueba, el sistema de prueba tasada, y la formación de la convicción del juez sobre la base de actas escritas en un procedimiento fuera del control público. Como la noción misma de Estado democrático de Derecho, es un concepto previo a toda regulación jurídica positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente.³⁷

Lograr un debido proceso no significa hoy lo mismo que hasta la primera mitad del siglo xx. Si, hasta entonces, se identificó con exigir que el procedimiento se adecuara a la ley, esto cambió radicalmente, cuando el nazismo utilizó la ley para perpetrar actos de lesa humanidad. Esta pavorosa etapa de la historia demostró que la ley puede servir como instrumento, también, para actos contrarios al Derecho. Desde entonces, es imperativo distinguir entre la ley que hace derecho y la contraria a este. El concepto de debido proceso ha sido replanteado; ya no es suficiente que sea legal el procedimiento, se necesita que esté al servicio de la justicia.³⁸

En todo proceso penal, se enfrentan dos grandes intereses: el social —que ha sido conmocionado o puesto en peligro por la realización de un acto prohibido en la ley— y el personal o individual que, también en ese momento, se encuentra en peligro de ser atropellado, por encontrarse sometido a un proceso de esa naturaleza. En esa delicada situación, en la que resulta necesario el equilibrio que conjugue los intereses sociales y personales, el camino diseñado o concebido para acceder a la decisión justa del conflicto es, precisamente, el debido proceso.³⁹

³⁷ Consejo General del Poder Judicial: *Derechos procesales fundamentales, Manuales de formación continuada*.

³⁸ Orieta Zuleika Lezcano Águila y Anabel García Luzbet: «El debido proceso» (ponencia, III Encuentro Internacional Justicia y Derecho), La Habana, 2006.

³⁹ *Idem*.

El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas garantías, principios procesales y derechos son *numerus apertus*, si se tienen como parámetros a la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana, es decir el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia en un Estado de derecho, basado en una democracia sustancial.⁴⁰

En el ámbito del aludido *debido proceso*, el principio de *imparcialidad judicial* —conocido como *fair trial*, por su pronunciación en inglés— se desarrolla estrechamente vinculado con el principio de igualdad de armas, el derecho a participar personalmente en el proceso, la legalidad de las pruebas, la motivación de la sentencia y el acceso a los recursos.⁴¹

A este efecto, como dice Werner Goldschmidt, debe tenerse en cuenta que «la imparcialidad no significa el no ser parte. La imparcialidad es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente».⁴²

De similar modo, al abordar la *imparcialidad* como garantía básica del *debido proceso*, se suele distinguir entre una *imparcialidad objetiva* —referida al objeto del proceso, que trata de asegurar la que el juez o el tribunal no ha tenido un previo contacto con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerquen a él sin prevenciones en su ánimo—, e *imparcialidad subjetiva* —constituida por sentimientos especialmente adversos del juez a alguna de las partes—; esto garantiza que el juez o el tribunal no mantenga relaciones indebidas con las partes.⁴³

Desde el punto de vista subjetivo, «la parcialidad constituye la actitud interna del juez, que puede influir perturbadoramente en la necesaria exclusión de una posición previa y de su imparcialidad». Mientras la parcialidad objetiva, legalmente determinada, constituye un fundamento que permite la recusación por las partes, tanto como la abstención por parte del juez, la parcialidad subjetiva es un fundamento personal de abstención para el juez, aunque, de todos modos, las partes podrían probar las circunstancias como fundamento de una recusación.⁴⁴

Por último, en torno a la *imparcialidad* como garantía constitutiva del *debido proceso*, es dable reconocer la existencia de tres postulados que, a mi juicio, reflejan infaliblemente su verdadero significado y alcance, que

⁴⁰ Max Beraun y Manuel Mantari: *Visión tridimensional del debido proceso, definición e historia*.

⁴¹ Cfr. Frowein / Peukert, *Europäische Menschen Rechts Konvention*, 2.ª ed., Artículo 6.

⁴² Werner Goldschmidt: «La imparcialidad como principio básico del proceso (“parcialidad y parcialidad”)», pp. 133 y ss., cuyas construcciones gravitan directa e indirectamente en este punto.

⁴³ Manuel Cobo del Rosal *et al.*: *Derecho procesal penal español*, p. 177.

⁴⁴ Consejo General del Poder Judicial: *Op. cit.*

se ajustan perfectamente a nuestro ordenamiento jurídico procesal penal. Sin la concurrencia de estas premisas —que se encuentran directamente enlazadas entre sí—, no pudiéramos hablar de una concurrencia efectiva de la *imparcialidad* como franquicia de este calibre.

- a) *La actuación del tribunal debe estar rectorada, en todo momento, por un «desinterés subjetivo»*; es decir, una inercia de dicha autoridad frente al resultado del proceso, que le ofrezca la posibilidad de hallar la prudencia y la sensatez requeridas para resolver legítima y ajustadamente el asunto, sustentándose, exclusivamente, en el material probatorio practicado y sometido a debate, además de las demostraciones y alegatos que le brinden las partes antagonistas. Esta postura neutral conlleva un deber de respeto hacia los contendientes, que se quebrantaría asumiendo actuaciones que menoscaben o sobreprotejan los derechos del encausado, desnaturalizaría el atributo cardinal que patentiza la labor del juzgador, como ente esencialmente imparcial.
- b) *La separación de las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento*. Para hablar de una actuación imparcial del fuero judicial, en el caso concreto, resulta un elemento esencial que aquel no tenga ningún tipo de intervención-aportación en las actuaciones que conforman la fase de investigación ni tampoco tenga incidencia directa en el planteo formal de la acusación. Como consecuencia de ello, se le debe prohibir al tribunal toda responsabilidad vinculada a la persecución penal; la búsqueda y/o determinación de la verdad es ocupación plena y exclusiva de los órganos policiales y de la Fiscalía. «Arrojarle competencias al órgano jurisdiccional para que junto al ministerio público alcance la verdad, significa un retroceso semejante a la incongruencia que se presentaba con los jueces de instrucción, quienes asumían funciones de investigación y enjuiciamiento. Sólo suprimiendo dicha finalidad al juez engranaría la labor de éste con la imparcialidad que se requiere de su investidura dentro de un sistema acusatorio, respetándose también los restantes principios, derechos y garantías que conforman la base fundamental de dicho modelo procesal penal, como por ejemplo, el adecuado ejercicio del derecho de defensa».⁴⁵
- c) *El Tribunal no puede sustituir a las partes (fiscal y defensor) en la responsabilidad que le es atribuible de establecer, respectivamente, las pruebas de cargo y descargo, y luego debatirlas mediante el contradictorio*. En razón de lo anterior, en un sistema procesal como el nuestro, sustentado en principios propios de un modelo mayoritariamente acusatorio, no deberían consentírsele, al órgano jurisdiccional, facultades que vayan más allá de su estricto papel de tercero imparcial, en la relación

⁴⁵ Federico Campos Calderón: *La garantía de imparcialidad del juez en el proceso penal acusatorio (Consideraciones en torno a su pleno alcance en el proceso penal costarricense)*.

jurídica procesal planteada, en especial en cuanto a disponer y gestionar, de por sí, la práctica de pruebas no propuestas por las partes, intervenir de manera directa y protagónica en la práctica de pruebas —especialmente personales— o ejercer otras facultades de similar orden. Empero, esta actuación quedaría excepcionalmente consentida, cuando se pudiera provocar un caso de notoria inequidad e injusticia, pues, si así fuera, se pondría en peligro lo esencial del debido proceso, que no es más que el fin de garantizar la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que el juez vendría obligado a resguardar en estos supuestos.

CONCLUSIONES

1. La imparcialidad constituye un atributo consustancial a la función jurisdiccional y esta, a su vez, es fundamento constitucional de todo Estado.
2. La imparcialidad y la independencia judiciales son categorías intrínsecas y directamente relacionadas. La independencia, que se vincula, en la mayoría de los casos, a presiones externas, viene a asumir el rol de garante de la imparcialidad, que se manifiesta esencialmente en el proceso, ante las partes.
3. Existe todo un conjunto de normativas, tanto de Derecho internacional como nacional, que instituyen y respaldan el principio de imparcialidad judicial como presupuesto de la función judicial. Empero, resulta significativo que, tratándose de un presupuesto cardinal para el debido ejercicio de la función jurisdiccional, no aparezca expresa y nítidamente consignado en el texto constitucional ni en el texto orgánico regular de la actividad judicial cubana.
4. La imparcialidad judicial, a la luz del debido proceso penal, se trasluce como una garantía esencial, cuya finalidad es básicamente salvaguardar la legitimidad en las decisiones judiciales, impidiendo la incidencia sobre el juzgador de motivaciones provenientes de las partes y de ajenos; para su efectiva consecución, es esencial que el juez actúe desprovisto de intereses subjetivos, que se reconozca a órganos distintos la labor de investigación, acusación y juzgamiento, y que se limite la facultad del órgano jurisdiccional de asumir competencias que, en buena técnica, son de imperio exclusivo de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado Velloso, Adolfo: *La imparcialidad judicial*, Rosario, 2007.
- Aseff, Lucía: «Independencia judicial. Juez, sociedad y poderes públicos» (ponencia, XII Encuentro Nacional y IV Regional sobre independencia judicial), Córdoba 25-27 de agosto de 2005.
- Brieskorn, Norbert: *Filosofía del Derecho*, Editorial Heider S.A, tr. de Claudio Gancho, Barcelona, 1993.
- Cobo del Rosal, Manuel *et al.*: *Derecho procesal penal español*, CESEJ, Madrid, 2006.
- Consejo General del Poder Judicial: *Derechos procesales fundamentales, Manuales de Formación Continuada*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004.
- Despouy, Leandro: «Informe del relator especial a la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, correspondiente al año 2003».
- Escobar-Martínez, Lina M.: «La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro», en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, 2009.
- Ferrajoli, Lujji: *Derecho y razón, teoría del galantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- Goldschmidt, Werner: «La imparcialidad como principio básico del proceso (“parcialidad y parcialidad”)» (discurso), en *Conducta y norma*, Buenos Aires, 1995, [s.m.d.].
- Gómez Orozco, José Alejandro: *La imparcialidad judicial: una garantía ciudadana o una virtud del juez*, Medellín, 2008-2011.
- I. Junoy, Joan Pico: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch, Barcelona, 1998.
- Jiménez-Asensio, Rafael: *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Arazandi, Navarra, 2002.
- Lezcano Águila, Orieta Zuleika y Anabel García Luzbet: «El debido proceso» (ponencia, III Encuentro Internacional Justicia y Derecho), La Habana, 2006.
- Nikken, Pedro: *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Cuba*, 2001.
- Otto, Ignacio de: *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid, 1989.
- Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*, Washington D. C., 2002.
- Prieto Valdés, Martha: «Funciones de la Constitución», en *Revista Jurídica*, año 5, no. 9, La Habana, enero-junio de 2004.
- Requejo-Pagés, Juan Luis: *La jurisdicción e independencia judicial*, CEPC, Madrid, 1989.
- Roxin, Claus: *Derecho procesal penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Santoloya, Pablo y Javier García-Roca: *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2005.
- Vargas, Juan Enrique: «Curso de reformas a la justicia en América Latina y derechos fundamentales», Washington, mayo-junio de 2002.

LOS CRITERIOS DE SALA EN CUBA FRENTE A LA SEGURIDAD JURÍDICA

*M.Sc. Katiana Guevara Suárez¹
jueza profesional, TPP de Las Tunas*

ESTE ASUNTO TIENE gran importancia, desde los ámbitos teórico y práctico, para la interpretación y aplicación del Derecho en el ámbito de la competencia de los tribunales. Al respecto, no se encuentran referentes anteriores en la doctrina jurídica nacional; pero, entre los juristas, se suscitan grandes debates teóricos, que tienen su punto de cuestionamiento en los criterios de sala, su ubicación en el Derecho, su concepto y efectos en la práctica judicial cubana.

Entre las aristas de la seguridad jurídica, como valor que debe preservarse, está proporcionar a los ciudadanos una idea anticipada de las consecuencias jurídicas de sus actos. Para ello, debe partirse de la existencia de un ordenamiento jurídico que garantice un estado de organización social, y ofrezca un grado específico de previsibilidad en la realización de los restantes valores superiores, fundamentalmente la justicia, con base en la existencia de un ordenamiento jurídico concreto y conocido.

A lo largo de la historia del Derecho, no fue elaborada una teoría uniforme de la seguridad jurídica, aunque, en la doctrina clásica, se hallan algunos atisbos. A los teóricos del contrato social, teoría desarrollada por la burguesía en los siglos xvii y xviii, se les atribuye la primera formulación doctrinal de la seguridad jurídica.

Haciendo referencia a la importancia de este principio-valor, cuestión que tampoco encuentra acuerdo doctrinal, y a su intrínseca e indisoluble relación con el supremo valor del Derecho, la Dra. Prieto Valdés ha dicho: «La necesidad de conjugación de la seguridad jurídica y de la justicia como valores superiores del ordenamiento jurídico y jerárquicamente diferentes, reclama concebir el Derecho como un fenómeno integral».² De sus palabras, no solo se deriva la concepción de la seguridad jurídica como valor en perspectiva jurídico-axiológica; sino, además, la necesidad de un enfoque multidimensional del Derecho para comprender, cabalmente, la relación de referencia.

¹ Tutora: Dra. Majela Ferrari Yaunner.

² Martha Prieto Valdés: *La seguridad jurídica, mención a la seguridad contractual*, p. 2.

El Tribunal Supremo Popular (TSP) ha reconocido la seguridad jurídica como un principio,³ lo que se debe, posiblemente, a que, si se llegara a considerar exclusivamente como un valor, no contaría con la fuerza legal suficiente para su estricta aplicación. Muestra de ello —un análisis práctico— es la imposibilidad de que una decisión judicial se fundamente solamente en un valor.

Hay autores que prefieren entenderla como un valor-principio. Tal es el caso de Ferrari Yaunner, quien defiende que

la seguridad jurídica como exigencia objetiva del Derecho, es un valor y un principio indisolublemente vinculado a la legalidad y a la justicia que al igual que estos, merece regulación jurídica, de modo que constituyan desde su contenido y regulación, garantía de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. [...] la seguridad jurídica debe ser entendida como uno de los valores más importantes del reservorio axiológico del Derecho, lo que no niega también su observancia y exigencia como principio.⁴

Afiliada al criterio anterior, considero que la seguridad jurídica es una categoría superior a la norma en sí, que abarca, tanto el contenido de esta como los elementos de la práctica del Derecho que, evaluados por sus operadores, contribuyen, de forma revolucionaria y elemental, a enriquecer su aplicación de una manera más recta, uniforme y certera, en lo que respecta a la garantía dada al individuo por el Estado, de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados, por la sociedad, la protección y reparación de estos.

Existen varios principios que constituyen garantías a la seguridad jurídica y que se han analizado estrechamente vinculados a esta. Para que exista una verdadera seguridad jurídica, es necesario que el Derecho sea conocido por todos. Como dijera José Martí, «en los pueblos libres, el Derecho ha de ser claro. En los pueblos dueños de sí mismos, el Derecho ha de ser popular».⁵

Otra máxima que funciona como garantía de este la recoge el Artículo 3 del Código civil cubano, que señala que la ignorancia de los preceptos no excusa de su cumplimiento, lo cual resulta de carácter supletorio para el resto de las materias civiles u otras reguladas en leyes especiales, según establece el Artículo 8 del propio Código.⁶

Si se pretende que la sociedad adapte su modo de comportamiento a lo regulado en las normas jurídicas, entonces, estas deben ser conocidas.

³ Sentencia No. 831, de 30 de noviembre de 1999 (ponente: Nancy Morales González).

⁴ Majela Ferrari Yaunner: «Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba», p. 36.

⁵ TSP: *Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales*.

⁶ Artículos 3 y 8 del Código civil.

Cuando una persona sabe, jurídicamente, lo que debe hacer y cómo hacerlo, experimenta un alto grado de seguridad. El conocimiento y la información dan certidumbre; no puede olvidarse que la escritura del Derecho fue una de las primeras conquistas en la antigüedad y, aún hoy, se reconoce a la publicidad como fase previa y requisito para la entrada en vigor de las disposiciones normativas.

Los ideales de justicia son tan antiguos como la idea de seguridad jurídica, por cuanto esta fue nombrada como el gran faro de la justicia.⁷ Ha sido concebida como una de las nociones que componen la idea de justicia⁸ y como exigencia de justicia y resultante de ella,⁹ de manera que el Derecho tenga como base fundamental la seguridad, el orden y la justicia.

El jurista no puede olvidar que la justicia tiene una alta significación social y, por eso, en el cumplimiento de sus deberes. Su actuación debe estar apegada a los principios y valores institucionalizados, que legitiman y enaltecen el honor de profesar el sentido de lo justo y lo correcto. Ser justo es ayudarle a conseguir a cada cual lo que le corresponde; no se deben violar derechos y garantías esenciales de los individuos, refrendados en el ordenamiento jurídico.

A propósito de tal asunto, es menester retomar las palabras inaugurales del IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho (2008), expresadas por Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, cuando señaló:

El sistema judicial y la administración de justicia en Cuba funcionan con aceptable efectividad como garantes de la tutela y la seguridad jurídica de los ciudadanos y la sociedad, toda vez que los jueces cubanos asumen su investidura como simples servidores del pueblo, donde cada decisión judicial que se adopte debe caracterizarse, además de por su sustento legal, por su transparencia, sensatez y ponderación.

De lo que se colige que los jueces deben, por mandato legal, interpretar y argumentar sus decisiones, de manera que le brinden seguridad y confianza al ciudadano, cuestión que se extiende a todos los aplicadores del Derecho.

El Artículo 120 de la Carta Magna cubana define 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. La ley establece los principales objetivos de la actividad judicial y regula la organización de los tribunales; la extensión de su jurisdicción y competencia; sus facultades y el modo de ejercerlas; los requisitos que

⁷ José Luis Mezquita del Cacho: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, p. 9.

⁸ Manuel Atienza Rodríguez: *Introducción al Derecho*, pp. 115-119.

⁹ A. Calsamiglia Balcaforta: *Introducción a la Ciencia jurídica*, pp. 140-141.

deben reunir los jueces, la forma de elección de éstos y las causas y procedimientos para su revocación o cese en el ejercicio de sus funciones.

Además, el Artículo 121 refrenda que «Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro y subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado. El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones, en este orden, son definitivas». Este tiene su sede en La Habana y ejerce jurisdicción en toda la República. A través de su Consejo de Gobierno, ejerce la iniciativa legislativa en materia relativa a la administración de justicia y la potestad reglamentaria; toma decisiones y dicta normas generales de obligado cumplimiento por todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de estos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

En consecuencia, la función judicial en Cuba se ciñe fundamentalmente, a los principios siguientes: los tribunales se pronuncian en nombre del pueblo (Artículo 120); rinden cuenta de los resultados de su trabajo (125); los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley (122).

Dichos preceptos no deben entenderse como beneficios al juez, sino en beneficio de los justiciables. El fundamento esencial de la independencia judicial se halla en el interés social de que la ley deba siempre prevalecer, pues el juez no puede obrar fuera o por encima de esta, conforme a su criterio personal, por muy fundamentado que este pueda parecer, sino que presta un servicio público, y conserva la simple condición laboral que a cada uno pertenece.

Para evitar dichas cuestiones, los tribunales cubanos se organizan con una preponderante participación popular; de ahí, se desprende el principio que establece el funcionamiento de forma colegiada, para los actos de impartir justicia, unido a la igualdad de derechos y deberes de jueces profesionales y jueces legos, según el Artículo 124 constitucional.

La seguridad jurídica requiere de la existencia de un orden objetivo y eficaz, que se aplique con justicia a las relaciones interhumanas. Desde el punto de vista subjetivo, los funcionarios a quienes compete la materia deben respetar, a toda costa, el principio de legalidad, de manera que la colectividad sepa a qué atenerse en cuanto a la vigencia y aplicación del orden jurídico vigente, aplicación que debe hacerse de forma pronta y eficaz.

Por tal razón, no basta el diseño de un ordenamiento jurídico que garantice las soluciones a los conflictos de intereses, que se puedan suscitar entre los miembros de la sociedad, sino que resulta primordial la existencia de personas verdaderamente capaces de aplicar la norma correcta al caso y en el momento concreto.

Para los jueces, impartir justicia es tarea compleja, apasionante y trascendente. A la naturaleza, particularmente controversial, en sí misma, de la actividad jurisdiccional se suma la responsabilidad que entraña hacerlo en el contexto de una sociedad en que los ciudadanos conocen sus derechos y tienen un amplio sentido de lo justo y lo incorrecto, como consecuencia directa de la obra de la Revolución.

Por ello, la labor de aplicar la ley al caso concreto, inexorablemente, requiere de un proceso de interpretación que implica el análisis detenido de los hechos que se enjuician, y de los elementos inherentes a la norma que se pretende adecuar, para determinar si, efectivamente, existe correspondencia entre los unos y los otros y, según el caso, hacer uso del arbitrio judicial establecido, en la correspondiente disposición normativa.

Al respecto, José Martí expresó: «Es verdad que los jueces tienen el deber de apegarse a la ley, pero no apegarse servilmente porque entonces no serían jueces sino siervos. No se les sienta en ese puesto para maniatar su inteligencia, sino para que obre justa, pero libre. Tienen el deber de oír el precepto legal, pero también el poder de interpretarlo».

En toda acción de aplicar está implícita la inevitable interpretación de la norma jurídica. La norma más clara, más simple, de redacción más diáfana y transparente, si se va a aplicar, supone que se va a interpretar, es decir, se va a fijar su significado, su esencia, su alcance, sus fines.¹⁰

Por ello, los jueces, para establecer el sentido de la norma, deben descubrir o develar el sentido inherente a ella y como, por lo general, una norma evoca varios sentidos, deben seleccionar o fijar el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; precisamente porque el Derecho también se compone de principios y valores que deben resultar observados y salvaguardados en el proceso interpretativo. Por último, a partir de una visión dialéctica, si el sentido habitual de la norma no se adecua a la nueva realidad social, el juez debe atribuirle a esta el significado que la actualiza para evitar un resultado injusto, dentro de los límites de su racionalidad.

En la práctica judicial cubana, constituye una realidad que, en las decisiones judiciales de los tribunales superiores, se reiteren los criterios que han sido sostenidos, frecuentemente, en las sentencias de las salas del máximo tribunal de justicia cubano. Esto tiene como objetivo unificar la interpretación del Derecho y así disminuir las diferencias de criterios, lo que también se pone de manifiesto en las precisiones realizadas por la sala que atiende asuntos penales del TSP, respecto a determinadas puntos del Derecho, a los que aquí se nombran «criterios de sala».

En consecuencia, se estima prudente retomar las palabras de Narciso Alberto Cobo Roura —quien fuera presidente de la Sala de lo Económico del TSP—, cuando expresó que

¹⁰ Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y el Derecho*, p. 93.

en la colegiación es donde se asegura o quiebra, el principio de seguridad jurídica, reafirmando lo que en la práctica jurisdiccional, se ha sostenido y afirmado de manera general, haciendo un camino más seguro para los justiciables y fijando, con la necesaria estabilidad, las obligadas interpretaciones del marco regulador; o, en dirección contraria, se abre paso una decisión contradictoria que desconcierta y merma la confianza en la justicia. La colegiación asegura la consecuencia en el actuar de los jueces que integran el tribunal, velando por esa continuidad que hace del precedente judicial, si no un tracto obligado, sí una pauta, un referente, una premisa en la determinación.¹¹

Estos elementos inclinan a estimar que los criterios de sala forman parte de un proceso espontáneo, que surge como resultado fundamental de la colegiación, pues son expresión de esta; vistos, primeramente, en aquellos casos en que se reiteren los razonamientos que han sido sostenidos frecuentemente en las sentencias de las salas del máximo tribunal de justicia cubano.

Como avizoró el profesor Fernández Bulté:

[...] el ejercicio profesional exige estar muy al tanto de las consideraciones doctrinales que se van estableciendo por las distintas salas del Tribunal Supremo, aunque solo fuere por la sencilla razón de que cualquier juicio, llevado hasta sus últimas consecuencias, concluye o debe concluir con un Recurso de Casación en una de dichas salas y, por supuesto, nada podrá evitar que se reiteren los criterios doctrinales sostenidos frecuente o reiteradamente.¹²

Aunque en el sistema jurídico cubano no se reconoce, expresamente, la jurisprudencia como fuente formal de Derecho, pues las sentencias dictadas por los tribunales superiores, resolviendo recursos de apelación o casación, no cuentan legalmente con la fuerza vinculante suficiente, que obligue a los tribunales de menor jerarquía a acatar la doctrina contenida en dicha interpretación, sí marcan una pauta, un referente, un camino a seguir por los tribunales inferiores.

Además, es indudable que la mayoría de los jueces no están dispuestos a resolver un conflicto que tenga como sustento un criterio distinto o contrario al del TSP, pues es un riesgo que no todos están dispuestos a correr. Por ello, tanto los jueces que forman parte de los tribunales de menor jerarquía, como los operadores del Derecho conocedores de las líneas adoptadas por la sala, actúan con astucia, si de ello depende el resultado deseado del proceso.

¹¹ Narciso Alberto Cobo Roura: «Siete notas y un refrán sobre la colegiación», p. 6.

¹² Julio Fernández Bulté: *Op. cit.*, p. 74.

Los criterios de sala, que pueden extraerse del estudio de cada sentencia, constituirán el soporte de la *ratio decidendi* de muchos fallos posteriores, lo cual trae como resultado el logro de la experiencia en la actividad judicial, que conlleva al Consejo de Gobierno del TSP a dictar las instrucciones a las que hace alusión el Artículo 121, tercer párrafo, de la Constitución de la República, donde establece que este imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica uniforme en la interpretación y aplicación de la ley, lo que permite garantizar la seguridad jurídica, al unificar la interpretación del Derecho y disminuir las diferencias de criterios, pues el valor y la fuerza de las soluciones reiteradas y concordantes constituye el Derecho aplicable.

Asumir de esta forma los criterios de sala conduce a plantear el problema del alcance de este fenómeno, que constituye una realidad en la práctica judicial cubana y, aunque resulta un término manido en el argot jurídico de jueces, fiscales, abogados y hasta de académicos, es difícil encerrar su significado en una fórmula o en un concepto. Un examen superficial del tema basta para determinar que no existe una definición acabada acerca de este. Los criterios de sala pueden encontrarse en las sentencias emanadas de los tribunales superiores (tanto el máximo órgano de justicia como los tribunales provinciales).

La interpretación de las normas legales que hace la Sala de lo Penal del TSP ofrece las líneas maestras para interpretar y aplicar las normas penales. Puede encontrarse un pronunciamiento expreso acerca de esta idea en la Sentencia No. 1309, de 17 de octubre de 2011 (ponente: Hector F. Hernández Sosa), en tanto en el segundo *considerando*, expuso: «[...] de ahí que sea obligado estimar que la casación, a la vez que se nutre de un elemento jurisdiccional, se halla siempre impregnada de la esencia política que le reserva la misión concreta de velar por la pureza en la aplicación e interpretación de la ley en todo el territorio nacional [...]».

A los jueces de tal instancia les corresponde, entonces, dirigir su aplicación y, aunque la facultad de interpretar las normas pertenece a todos, y les brinda cierto margen de discrecionalidad, emanado de la generalidad y la abstracción como atributo de las normas, quien intercede y se manifiesta es la individualidad del juez que, inspirado en el espíritu de las leyes, en su *ratio*, despliega en el resultado su sistema de valores aprehendidos de la sociedad y la época donde le tocó vivir. Pero estas, en cierta medida, también impactan en todos y se convierten en un escenario común que subyace. Este tema es en extremo complejo porque los jueces no son autómatas aplicadores de normas; y, aunque todos reciben el influjo de ciertos condicionantes sociales, económicos, culturales y de diversa índole, sus realidades individuales están marcadas por elementos peculiares, que se incorporan a su raciocinio.

Los elementos analizados conducen a considerar que los criterios de sala, tanto del máximo órgano de justicia como de los tribunales provinciales, repercuten en las decisiones acordadas en los tribunales de primera instancia, cuyos jueces toman como referencia, o punto de partida, las in-

interpretaciones que sirven de fundamento a los fallos contenidos en las sentencias de los tribunales superiores; sobre todo, cuando la evaluación del proceso depende de las deficiencias advertidas, las que pueden generar la imposición de correcciones procesales.

Los criterios de sala se proyectan hacia una realidad cambiante; por ello, su función fundamental es poner en movimiento el Derecho frente a esa realidad, con el propósito de encontrar soluciones inspiradas en la idea de justicia y del interés social, ante la oscuridad en los textos normativos. Esto, desde una visión dinamizadora de la interpretación que en ellos se contiene, nunca como límite extremo que suponga que los jueces se van a someter a estos, como siervos fieles, sino que los invita a la reflexión y al estudio, a fin de adaptar la ley a los casos concretos de la vida real.

La comprensión de la utilidad de los criterios de sala, de cara a la seguridad jurídica, puede verse, quizás, desde dos aristas fundamentales: por su contribución a la uniformidad de criterios, al marcar una línea más o menos previsible en los procesos interpretativos de las normas; y porque no pueden comprenderse como límite que enquistase la interpretación en un mismo sentido, sino que cuando cambie la realidad a la que se aplica la norma, pueden cambiar los criterios y estos, y sus nuevos derroteros, salir en la búsqueda de cierto grado de generalización entre los jueces.

Nada de esto excluye el hecho de que los casos se representen en un reservorio inmenso e inimaginable, y ciertas peculiaridades de determinados hechos puedan enrumbar al juez a apartarse de cierto criterio repetidamente seguido. En estos casos, la necesidad de argumentación de la sentencia cobra una importancia suprema, en tanto puede apartarse del camino habitual y, si se hace bien, mostrar un nuevo camino aplicable a futuros casos similares.

El principio de seguridad jurídica, en nuestro país, merece reconocimiento constitucional, teniendo en cuenta que este y la justicia constituyen valores superiores del ordenamiento jurídico y, por ende, será un deber del juez, con sus resoluciones judiciales, contribuir a la salvaguarda de un principio que posee tutela constitucional.

La seguridad jurídica, vista como un principio-valor al cual aspira el Derecho en su conjunto, fundamentalmente, depende de la existencia de organismos eficaces encargados de su aplicación.

Los criterios de sala surgen en un proceso espontáneo, como resultado de la colegiación, pues constituyen interpretaciones o razonamientos reiterados que, sobre determinados puntos del Derecho, han sido sostenidos frecuentemente en las sentencias o precisiones de las salas del máximo tribunal de justicia cubano o en las sentencias del resto de los tribunales evaluadores.

Los jueces en Cuba identifican los criterios de sala y están al tanto de que la interpretación contenida en estos no constituyen fuente formal del Derecho,

ni poseen carácter vinculante para los tribunales de menor jerarquía y, como consecuencia, no están compelidos a acatarlos de forma ciega.

No obstante, en la mayoría de los casos, los jueces respetan la fuerza de la autoridad que poseen los criterios de sala, dado el órgano del cual provienen. Estos no limitan la independencia judicial en Cuba, teniendo en cuenta que los jueces solo deben subordinar sus decisiones a la ley; y esta ha de imperar como regla de conducta uniforme, en garantía de la seguridad jurídica, la igualdad, el orden social y la convivencia. Ningún otro órgano del Estado debe interferir, directa o indirectamente, en la función que se le atribuye a los tribunales de interpretar la ley, a los fines de impartir justicia conforme a las normas que en ella se establecen.

Las líneas directrices o criterios de sala, sostenidos por un período determinado, son dinámicos, susceptibles de modificación y están condicionados por el medio cambiante en que actúa la ley y, en consecuencia, deben atemperarse a la realidad, al momento histórico concreto.

Los jueces, en sus sentencias, deben expresar el criterio de sala, sentencia que ha de estar permeada del componente teórico, la argumentación jurídica y el razonamiento lógico que permita a las partes conocer las razones que justifican la decisión adoptada.

Los criterios de sala contribuyen a la seguridad jurídica, al unificar la interpretación del Derecho y disminuir las diferencias de criterios, lo que le brinda al destinatario de la resolución judicial un mínimo de confianza y tranquilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Abadalejo García, Manuel: *El cambio de jurisprudencia* (comunicación), en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 28, [s.m.d.].

Aftalión R. Erique y Vilanova, José: *La jurisprudencia como fuente*, Buenos Aires, 1956.

Álvarez-Tabío, Fernando, Miguel Márquez y de la Cerra y Máximo Martínez Vélez: *Legalidad y justicia*, La Habana, 1952.

Atienza Rodríguez, Manuel: *Introducción al Derecho*, Bacanova, Barcelona, 1985.

_____: *Las razones del Derecho, teorías de la argumentación jurídica*, 2.^a reimp., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Bentham, Jeremías: *Tratados de legislación civil y penal*, tr. de R. Salas, Editorial Nacional, Madrid, 1981.

Brunner, Emil: *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, tr. de Luis Recasens Siches, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

Calsamiglia Balcaforta, Albert: *Introducción a la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1986.

- Cañizares Abeledo, Fernando Diego: *Teoría del Estado*, 1.^a reimp., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979.
- Casasús, Juan J. E.: «Dos palabras sobre la interpretación de la ley», en *Repertorio Judicial*, año xxix, no. 8, La Habana, 1953.
- Castro Ruz, Fidel: *Informe Central al I Congreso del Partido Comunista de Cuba*, DOR-CCPCC, La Habana, 1975.
- Cobo del Rosal *et al.*: *Derecho penal, parte especial*, t. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.
- Cobo Roura, Narciso Alberto: «Siete notas y un refrán sobre la colegiación», en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, La Habana, diciembre de 2005.
- Colectivo de autores: *Elementos de Derecho civil*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1976.
- Cortés Domínguez, V. *et al.*: *Derecho procesal*, vol. II, t. 1, 4.^a ed., Valencia, 1989.
- Cuello Calón, E.: *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1952.
- Esser, J.: *Principio y norma de elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.
- Fairen Guillén, V.: *Doctrina general del Derecho procesal*, Librería Bosch, Madrid, 1990.
- Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
- _____: *Teoría del Estado y el Derecho*, 2.^a reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Ferrari Yaunner, Majela: «Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba» (tesis en opción al grado de Dr. en Ciencias jurídicas), La Habana, 2010.
- Franco de la Cuba, Carlos Miguel: «La interpretación de la norma jurídica», en <http://fmmeduacion.com.ar/Historial/Documentoshist/1789derechos> [consulta: 30-9-03]
- Gaustini, Rocardó: *Estudios sobre interpretación jurídica*, 3.^a ed., tr. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa, México D. F., 2001.
- Jurisprudencia en tribunales latinoamericanos y españoles*, Colegio de Abogados de Oviedo, 1999.
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Nacional, México D. F., 1981.
- Larenz, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.^a ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2001.
- Latorre, Ángel: *Introducción al Derecho*, 7.^a ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- Legaz Lacambra, Luis: *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed, Bosch, Barcelona, 1978.
- Meriño Brito, Eloy G.: «La organización del sistema judicial cubano», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 2, La Habana, octubre de 1972.
- Mezquita del Cacho, José Luis: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Bosch, Barcelona, 1998.

- Nino, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, 2.^a ed., ampliada y revisada, 12.^a reimp., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- Ortells Ramos, M. y J. L. Gómez Colomer: *Derecho jurisdiccional, el proceso penal*, Valencia, 1987.
- Otero Praga, Milagros: *Cuestiones de argumentación jurídica*, 2.^a ed., Porrúa, México, D. F., 2008.
- Prieto Sanchis, L.: *Apuntes de teoría del Derecho*, 2.^a ed., Trotta, Madrid, 2007.
- Prieto Valdés, Martha: «La seguridad jurídica, mención a la seguridad contractual», Universidad de La Habana, 2005 (soporte digital).
- Puig Pena, Federico: *Derecho penal, parte especial*, t. 3, 4.^a ed., Revista del Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Recasens Siches, Luis: *Tratado general de filosofía del Derecho*, 2.^a ed., Porrúa, México D. F., 1961.
- _____ : *Introducción al estudio del Derecho*, 12.^a ed., Porrúa, México D. F., 1997.
- Rodríguez Paniagua, J. M.: *Derecho y ética*, Tecnos, Madrid, 1977.
- Radbruch, Gustav: *Introducción a la filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1951.
- Sánchez Ventura, Pascual: *La seguridad social de la abogacía*, Gráficas Alonzo, Madrid, 1974.
- Spinoza, Benito: *Tratado tecnológico-político*, 2.^a ed., tr. de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1985.
- Tamayo y Salomón, Rolando: *Razonamiento y argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Tribunal Supremo Popular: *Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales*, La Habana, 2011.
- Vernego, R. J.: *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1967.

Legislación

- «Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 3, La Habana, 31 de enero de 2003.
- «Ley No. 7, “De procedimiento civil, administrativo y laboral”, de 19 de agosto de 1977», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 20 de agosto de 1977.
- Ley No. 62, Código penal de la República de Cuba*, 29 de diciembre de 1987.
- «Ley de procedimiento penal», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 13 de agosto de 1977.

«Ley No. 82, “De los tribunales populares”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 14 de julio de 1997.

«Reglamento de la Ley de los tribunales populares», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., La Habana, 2 de febrero de 1998.

LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

M.Sc. Yamina de la Caridad Bernal Capote¹
jueza profesional, TPP de Sancti Spíritus

LA FUNCIÓN LEGISLATIVA ha sido tratada tradicionalmente como aquella actividad encaminada a establecer las normas jurídicas generales y abstractas que deben regular la conducta de todos los miembros de una comunidad y las relaciones de estos con el Estado.² En consonancia con esto, Cañizares³ planteó:

El Estado como organización política de la sociedad de esencia eminentemente clasista, precisa de un orden normativo, expresivo de las formas de comportamiento que exige la clase dominante a todos los miembros de la sociedad, a los efectos de la regulación de las relaciones sociales. La creación de ese orden normativo constituirá la médula de la función legislativa del Estado.

También ha sido considerada como una de las manifestaciones propias y superiores del Estado. Para Bodino,⁴ el primer atributo de la soberanía del monarca, como depositario de todo el poder público, era el poder de dar leyes, es decir, el único capaz de crear las leyes. Desde otra perspectiva, Méndez López y Cutié Mustelier la definen como «importante vehículo para la función de dirección política».⁵

La doctrina constitucional actual defiende la distinción entre función legislativa formal y material. La primera, ejercida por los órganos específicamente previstos por la Constitución para tal efecto. En opinión de Gabino Fraga, «la función legislativa, desde el punto de vista formal, es la actividad que el Estado realiza por conducto de los órganos que de acuerdo al régimen constitucional forman el poder legislativo».⁶

¹ Tutor: Dr. Yan Guzmán Hernández.

² La diferencia entre función legislativa y función administrativa ha sido tratada por varios autores. En tal sentido, Santamaría de Paredes, *Curso de Derecho administrativo*, p. 52.

³ Fernando D. Cañizares: *Teoría del Estado*, p. 161.

⁴ Bodino: *Les six livres de la République* (1576, Libro I, Cap X), apud Méndez López, «El modelo de creación de leyes en Cuba» (tesis).

⁵ Méndez López y Cutié Mustelier: «La Asamblea Nacional del Poder Popular como Parlamento cubano u órgano legislativo representativo», p. 11.

⁶ Gabino Fraga: *Derecho administrativo*, pp. 35-37.

Del sentido formal de la función legislativa, se infiere el principio de la autoridad formal de la ley, conforme al cual «las resoluciones del poder legislativo solo pueden ser interpretadas, reformadas, adicionadas, derogadas y abrogadas por otra resolución del mismo poder y bajo los mismos procedimientos empleados para su creación original».⁷

La función materialmente legislativa es, en cambio, «con prescindencia del órgano que la ejerza, la que produzca normas jurídicas generales, abstractas, obligatorias y coercitivas, las cuales no son sólo leyes emitidas por el Congreso, sino también los expedidos [*sic*] por el poder legislativo».⁸

Es la ley el principal producto de la actividad legislativa. El término ley es empleado de modo muy diverso. Para Guastini, «es comúnmente usado ya sea en referencia a fenómenos normativos (como el derecho o la moral), ya sea en referencia a fenómenos no normativos (por ejemplo, naturales, sociales, económicos)». Sin embargo, cuando se habla de ley como acto normativo, muchos son los aportes doctrinales para conceptualizarlo; de ahí, las diversas transformaciones que ha sufrido desde su aparición, en la antigüedad, hasta nuestros días.

A modo de ejemplo, pueden ofrecerse definiciones como las brindadas por Gayo, para quien: «Lex est, quod populus Romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat».⁹ Pero, desde tiempos muy remotos, la ley fue considerada como un producto exclusivo de la voluntad general, lo que adquiere una significación particular en el pensamiento de la Revolución francesa.¹⁰

Correspondió a Francia materializar la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, al refrendar, en el Artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano, de 1789: «La loi est l'expression de la volonté générale»,¹¹ lo cual refrendó la constitución francesa de junio de 1793: «La loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale [...]».¹²

⁷ Fernández Ruiz: «Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado», p. 39.

⁸ *Ibid.*, pp. 40-41.

⁹ «Ley es lo que el pueblo Romano establecía, a propuesta de un magistrado del orden senatorio» (Gayo §3, com. I de sus Institutas), en Pedro Gómez de la Serna, *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, t. 1, p. 128, *apud* Andry Matilla Correa, «Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano», p. 1.

¹⁰ J. J. Rousseau: «El contrato social», pp. 25-26. Expone un concepto de ley como expresión de la voluntad general, a la que deben someterse los particulares y el propio Estado.

¹¹ «La ley es la expresión de la voluntad general» (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789), *apud* Maurice Duverger, *Constitutions et Documents Politiques*, p. 4.

¹² «La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general: es la misma para todos, ya sea que proteja o sea que castigue; no puede ordenar sino lo que sea justo y útil a la sociedad; no puede prohibir sino aquello que dañe a esta» (Constitution du juin 1793), *apud* Maurice Duverger, *Constitutions et Documents politiques*, p. 30.

Es a partir de esas teorías que «la ley se convirtió en una norma jurídica emanada del pueblo, a través del órgano que lo representa políticamente, y cuyo destinatario es el propio pueblo»,¹³ criterio muy asociado a la tesis referida al origen y la forma de la ley, cuyos exponentes la identifican por provenir de un determinado órgano estatal, revestir una determinada forma y ser elaborada por un procedimiento específico. En tal sentido, Bulté señalaba que «[...] la ley emana absoluta y directamente de la voluntad popular, emitida directamente como en los viejos comicios romanos, o en los actuales plebiscitos, o bien indirectamente a través de los representantes o mandatarios, en la lógica de la democracia representativa burgués [sic]». ¹⁴ Elementos que, a su vez, la dotan de fuerza jurídica superior o, como también se le denomina en la doctrina, fuerza de ley, en relación con las demás normativas; o sea, la fuerza inherente de la ley viene dada por su origen especial, lo que encontró su expresión en Carré de Melberg: «La ley es —ante todo— cualquier decisión procedente de las asambleas legislativas, adoptada por ellas en forma *legislativa* [...] y en cuanto al fondo de la ley no se caracteriza ni por su materia, ni por la naturaleza intrínseca de sus prescripciones». ¹⁵

Asimismo, ha sido aspiración clara brindar a la ley el contenido más general y abstracto, es decir, «proveerla de uno de los atributos que ulteriormente, en la doctrina jurídica moderna, se consideran consustanciales con ese alto acto normativo: su generalidad y abstracción». ¹⁶

La exigencia de la generalidad se remonta a la antigüedad, desde las Doce Tablas, al hacer la distinción entre leyes, entendidas como posiciones generales, y privilegios, como normas individuales.

Los defensores de esta tesis sustentan que la generalidad se compone de dos elementos: el de los sujetos a quienes va destinada, cuya determinación es genérica, y el de las conductas determinadas abstractamente. Es decir, la ley recoge prescripciones lo más universales posibles, características que encontraron igualmente aceptación en Rousseau: «[...] cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos como corporación y a las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo ni a una acción particular [...] toda función que se refiera a un objeto individual no pertenece en modo alguno al poder legislativo». ¹⁷

¹³ Andry Matilla Correa: «Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano», p. 13.

¹⁴ Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y del Derecho*, 2.ª parte, p. 34.

¹⁵ Carré de Malberg: *Teoría general del Estado*, p. 309.

¹⁶ Fernández Bulté: *Op. cit.*, p. 34.

¹⁷ J. J. Rousseau: *El contrato social*, pp. 25-26.

De acuerdo con su concepción original, la ley ocupaba una posición preeminente dentro del sistema de fuentes, lo que se traducía en primacía normativa; pero, si bien la ley reúne formalidades que la colocan por encima del resto de la normatividad jurídica de un país, ya no constituye la principal fuente del ordenamiento jurídico, lugar que ostenta la Constitución,¹⁸ «por su función de límite formal, ser una disposición superior, tope y supraordenadora del ordenamiento jurídico en su totalidad, un programa no sólo de acción política, sino también de acción jurídica, garante formal del cumplimiento de las facultades de los órganos estatales y los individuos»;¹⁹ o, como señala Méndez López: «norma cabecera del ordenamiento, que condiciona la validez de todos los actos normativos incluida la ley y cuya inobservancia puede ser sancionada con la eliminación *erga omnes*, a través de los mecanismos que garantizan su superioridad».²⁰

Cabo Martín,²¹ al referirse a la posición de la ley, en relación con la disposición suprema, afirmó: «La ley respecto a la constitución se encuentra en un segundo nivel, tanto desde el punto de vista formal al exigirse su producción de acuerdo con las regularidades constitucionalmente establecidas, como material al tener que ajustarse a los fines, principios y hasta contenidos concretos establecidos por la constitución».

La ley ha sido distinguida por su sentido formal (como acto que, independientemente de su contenido normativo, emana de órgano legislativo y, por eso, goza de un peculiar régimen jurídico, en particular, que sea eficaz *erga omnes*), y material (se identifica con el acto que, con independencia del órgano del cual emana y del régimen jurídico que lo caracteriza, ex-

¹⁸ El principio de supremacía constitucional fue elaborado por Kelsen, como parte de su teoría pura del Derecho, que considera esta norma fundamental como fundamento hipotético sobre el que descansa todo el ordenamiento jurídico. (Hans Kelsen: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, p.108). «El carácter de norma suprema de la Constitución es principio hoy día incuestionado» (Martha Prieto Valdés: «El Derecho, la Constitución y su interpretación»). *Vid.* Discurso de Raúl Castro Ruz, en el acto de proclamación de la Constitución (1976), en el que aparecen expresiones referidas a esta: «[...] norma jurídicamente los principios de igualdad y justicia social y los derechos del individuo [...] es la norma jurídica suprema y más importante de la sociedad. Es la ley fundamental que tiene fuerza jurídica mayor, que predetermina y condiciona el contenido de todas las demás leyes y es, por lo tanto, la fuente superior de derecho, a partir de la cual deben ser elaboradas todas las restantes leyes y normas jurídicas».

¹⁹ Martha Prieto Valdés: «La defensa de la constitución y la reforma constitucional de 1992», en Andry Matilla Correa (compil.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, p. 10.

²⁰ Méndez López: «El modelo de creación de leyes en Cuba» (tesis), p. 25.

²¹ C. de Cabo Martín: *Sobre el concepto de ley*, p. 79, *apud* Lissette Pérez Hernández, «El control constitucional de leyes y disposiciones normativas en Cuba», p. 25. *Vid.* R. Guastini: *Estudios de teoría constitucional*, pp. 576-577.

prese normas generales y abstractas).²² Ese enfoque teórico, desde su aparición hasta la fecha, ha suscitado criterios divergentes²³ y, aunque diversos autores siguen utilizando dicha distinción, se aprecia que existe una tendencia a brindar un tratamiento unitario al concepto de ley que, como fundamento para precisar adecuadamente su configuración, esgrimen la conjugación consecuente de sus aristas formal y material.²⁴

Si se parte de estas ideas, podemos definir la ley como la norma jurídica emanada del órgano que tiene atribuida, constitucionalmente, la potestad legislativa, siguiendo el procedimiento legislativo establecido al efecto y, por tanto, es el principal producto de la actividad legislativa. Sin embargo, no podemos desdeñar la presencia de otras disposiciones jurídicas que, sin derivar su existencia del órgano legislativo, alcanzan el carácter de norma general y abstracta y, por ende, de obligatorio cumplimiento. Me refiero a las leyes habilitantes en Venezuela,²⁵ que facultan al presidente de la República para dictar decretos, con rango, valor y fuerza de ley.²⁶ Otros ejemplos son los decretos supremos²⁷ que emite el presidente de Bolivia (en Consejo de Ministros), y los decretos emitidos por los presidentes de Rusia²⁸ e Italia.²⁹

En el ordenamiento jurídico cubano, existe una disposición normativa que alcanza un significado similar a la ley, debido al nivel jerárquico del

²² Guastini: *Estudios...*, p. 111.

²³ Entre sus defensores, León Duguit, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 88: «Esta distinción entre la ley material y la ley formal es sumamente racional [...]». En cambio, Mayer se opone a la dualidad material-formal de la ley: «Para nosotros no existen dos conceptos de la ley. La ley, es la ley constitucional [...]» (Otto Mayer, *Derecho administrativo alemán*, t. 1, p. 94).

²⁴ Matilla Correa: «Notas sobre la ley...», p. 1.

²⁵ Artículo 236, apartado 8, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de 15 de diciembre de 1999): «es atribución del Presidente de la República dictar previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley».

²⁶ El 8 de octubre de 2013, fue firmada una ley habilitante que faculta al presidente de la República a dictar decretos, contra la corrupción y la guerra económica desatada en el país. (www.priceminister.es/.../Viciano-Pastor-Roberto-El-Sistema-Politico-En-La-Constitucion-Bolivariana-De-Venezuela-Libro.html, 2).

²⁷ Un *Decreto Supremo* es una ley promulgada por el poder ejecutivo, es decir, por el presidente de la República y el Consejo de Ministros, sobre la base de las funciones y atribuciones que otorga la Constitución, en casos de emergencia, desastres naturales, conflictos bélicos, etc.

²⁸ El Artículo 90 de la Constitución de la Federación Rusa, sometida a referéndum el 12 de diciembre de 1993, establece que los decretos que emite el presidente de esta son de obligatorio cumplimiento para todo el país. (Tomado de www.constitution.ru/fr/index.htm [Consulta: 12-8-2013]).

²⁹ El Artículo 87 de la Constitución de la República de Italia regula que el presidente de esta emite decretos con fuerza de ley. (Tomado de www.es.camera.it/files/costituzione/costituzione.pdf [Consulta: 12-8-2013]).

cual es poseedor. Me refiero a los decretos leyes (DL-s), dictados por el Consejo de Estado.³⁰ Ahora bien, desde la promulgación de la Constitución de 1976, la jerarquía y rango de la ley y el decreto ley (DL)³¹ suscitó discrepancias interpretativas, pues hubo quienes sostenían que este no podía modificar una ley dictada por la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), criterio que encontraba fundamento en la Disposición No. 11 de la Ley de tránsito constitucional.³²

[...] las leyes promulgadas con anterioridad a la constitución de la Asamblea Nacional, pueden ser modificadas o derogadas por el Consejo de Estado entre uno y otro período [sic]; pero no ocurre así con las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional, que solo pueden ser modificadas o derogadas por las leyes posteriores de la propia Asamblea.

Álvarez Tabío sostenía que «nuestra técnica constitucional no admite identificar con el concepto de ley, en su doble sentido formal y material, normas que no hayan sido elaboradas por la Asamblea Nacional y por medio del procedimiento establecido en la propia constitución»;³³ y, refiriéndose al Consejo de Estado, apuntaba que, «como órgano de poder de la más alta jerarquía, penetra en el campo de todas las funciones. Tiene atribuciones de carácter legislativo, pues está investido de la facultad de dictar decretos-leyes entre uno y otro período [sic] de sesiones de la Asamblea Nacional».³⁴

Al brindar su punto de vista sobre la jerarquía de los decretos-leyes, Fernández Bulté señala que deben ser considerados de rango menor que la ley, subordinados a ella.³⁵

³⁰ Los artículos 89 y 90 c), de la Constitución de la República de Cuba, de 1976, facultaron al Consejo de Estado a representar a la Asamblea Nacional del Poder Popular, entre un período de sesiones y otro, y a dictar DL-s en ese tiempo.

³¹ El *decreto ley* en Cuba tiene su equivalencia a los decretos que emitían el Consejo de Estado en la República Socialista de Polonia, el Consejo Presidencial en la República de Hungría y el Presidium del Soviet Supremo en la URSS, todos con fuerza de ley, y debían ser presentados ante el órgano legislativo, para su ratificación en la próxima asamblea.

³² La Ley de tránsito constitucional fue aprobada mediante referendo, el 24 de febrero de 1976. Su disposición No. 11 establecía: «Mientras permanezca vigente, total o parcialmente alguna ley, decreto-ley, órdenes militares de los gobiernos interventores y demás disposiciones legales promulgadas o puestas en vigor con anterioridad a la promulgación de la Constitución, pueden ser modificadas o derogadas total o parcialmente por el Consejo de Estado entre uno y otro período de sesiones, debiendo dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima sesión a los efectos de que ratifique o no, dicha modificación o derogación».

³³ Fernando Álvarez Tabío: *Comentarios a la Constitución socialista*, p. 295.

³⁴ *Ibid.*, p. 296.

³⁵ Fernández Bulté: *Op. cit.*, p. 67.

En el año 1979, en aras de dar interpretación positiva al contenido y alcance de una atribución conferida por la Constitución,³⁶ la ANPP, en su segundo período de sesiones, adoptó un acuerdo,³⁷ mediante el cual equiparó el DL a la ley, y le reconoció al Consejo de Estado —entre un período de sesiones y otro— la facultad para modificar o derogar, total o parcialmente, leyes aprobadas y promulgadas por ella que, luego, serían sometidas a la ratificación del órgano legislativo.³⁸

Tomando como fundamento dicho acuerdo, Vega Vega argumenta que

[...] la Asamblea Nacional no puede garantizar la continuidad de la actividad legislativa del Estado. La solución es que funcione otro órgano permanente, elegido del seno de la propia Asamblea Nacional, que la sustituya entre uno y otro período [sic] de sesiones en su actividad legislativa, mediante la aprobación de decretos leyes, con igual rango que las leyes que aprueba la Asamblea Nacional; y pueden modificar o derogar a éstas, con la única diferencia de que el Consejo de Estado debe dar cuenta a la Asamblea de la aprobación de esos decretos leyes y aquella puede revocarlos o modificarlos.³⁹

Sin embargo, criterio diferente a la decisión adoptada por la ANPP se ha manifestado en la doctrina cubana, con el argumento de que «no deben las disposiciones del Consejo de Estado, un órgano subordinado al legislativo, interferir la vigencia normativa de las leyes, por cuanto éstas son dictadas por el órgano superior representativo de la voluntad popular y superior del poder estatal».⁴⁰

Por su parte, Matilla Correa considera que «[...] desde la perspectiva orgánica, los decretos-leyes son normas jurídicas inferiores a las leyes; pero desde la de sus efectos jurídicos, tienen un rango similar y se equiparan a ellas».⁴¹ En tal sentido, Prieto Valdés apunta: «La jerarquía de las disposiciones normativas deriva de la propia ubicación y rango de la disposición en el ordenamiento jurídico positivo conforme a los niveles de generalidad

³⁶ La elaboración del dictamen interpretativo fue encomendada al Dr. Osvaldo Dorticós Torrado; y divulgado, por la ANPP, mediante el folleto *N/11, POS/79, DOC, de 18 de diciembre de 1979*.

³⁷ Una amplia explicación sobre su aprobación la presenta Emilio Marill en *Constitución de la República de Cuba. Temática, legislación complementaria*, pp. 15 y ss.

³⁸ *Vid.* Acuerdo de la ANPP que pone en vigor el Reglamento del órgano representativo supremo, de 25 de diciembre de 1996, en virtud del cual los DL-s no tienen que ratificarse por la Asamblea. Simplemente, el Consejo de Estado dará cuenta al respecto, conforme establece el Artículo 97 de dicho Reglamento.

³⁹ Juan Vega Vega: *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*, p. 257.

⁴⁰ Martha Prieto Valdés: «El ordenamiento jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales», p. 3.

⁴¹ Andry Matilla Correa: «Comentarios sobre las fuentes del Derecho administrativo cubano (excepto el reglamento)», p. 71.

y abstracción que caracterizan la disposición, así como del grado de legitimidad popular directa que cada órgano creador ostenta».⁴²

Por tanto, estamos en presencia de dos interpretaciones distintas de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, el criterio de la idéntica jerarquía de ambas disposiciones legales es el que ha imperado en la práctica legislativa cubana, pues resulta muy común en nuestra realidad jurídica que los DL-s deroguen las leyes.⁴³

Sostengo el criterio de que la ley y los SL-s se identifican de manera sustancial. Ambos son actos de creación normativa, normas escritas, los dos se generan en el ejercicio de la función legislativa y de la potestad legislativa atribuida a sus emisores por la Constitución, por lo que, además, son expresión del ejercicio de funciones estatales, requieren de ciertas formalidades y solemnidades en su proceso de creación. Pero aun así, me afilio a los exponentes de la doctrina constitucional cubana, quienes estiman que la jerarquía de las disposiciones normativas deriva de la propia ubicación y rango de la disposición en el ordenamiento jurídico y, en ese sentido, la ley ostenta la supremacía, por ser expresión de la soberanía popular, en tanto tiene como emisor al órgano legislativo (ANPP) que, a su vez, es el órgano representativo de la voluntad popular. Pero, además, es el único instrumento normativo que puede contener reformas a ley suprema, en virtud de la facultad constitucional que le atribuye ese mismo cuerpo dispositivo al órgano legislativo.

Para el ejercicio de la función legislativa, se requiere de la materialización de un conjunto de actos que deben realizar los órganos competentes para crear una ley, denominado procedimiento legislativo; o sea, la ley «para que tenga existencia efectiva en la vida jurídica, debe completar las diferentes etapas que el propio ordenamiento le establece y que en su alcance van desde el marco interno del órgano que las crea hasta los destinatarios de dichas disposiciones normativas».⁴⁴

Desde tiempos muy remotos, la forma de aprobación y discusión de la ley estuvo investida de ciertas solemnidades,⁴⁵ lo que da certeza de la po-

⁴² Martha Prieto Valdés: «El Derecho, la Constitución y su interpretación» (tesis), p. 26.

⁴³ Ejemplos: Los DL-s 151 (10 de junio, 1994) y 175 (1997) modificaron la Ley No. 62 (Código penal). La Ley de procedimiento penal ha sido modificada por los DL-s 87 (22 de julio, 1985), 128 (18 de junio, 1991), 151 (10 de junio, 1994) y 208 (16 de febrero, 2000). El DL No. 156 (1994) modificó la Ley No. 14, «De derecho de autor».

⁴⁴ Matilla Correa: «Comentarios...», p. 13.

⁴⁵ En el seno de los comicios en que se aprobaban las leyes en Roma, los funcionarios o magistrados de más alto rango, investidos del llamado *ius agendi cum populo* (derecho de actuar con el pueblo) —categoría de la cual solo disponían los cónsules, pretores y dictadores— presentaban a la asamblea el proyecto de ley (*la rogatio*), dado a conocer por el magistrado postulante, mediante la conocida *promulgatio* y este, fijado en tablas de bronce o madera, se dejaba expuesto al conocimiento del *comicio* por un lapso que, normalmente, era de 24 días. Durante ese tiempo, el pueblo celebraba reuniones

tencialidad, fuerza y eficacia de la esta como fruto de la función legislativa y, a la vez, confirma que, desde sus inicios, su proceso formativo entrañaba diferentes fases o etapas, que sirvieron de pautas para los procedimientos legislativos actuales. A partir del siglo XIX, el desarrollo del constitucionalismo burgués, trajo consigo que casi todas las constituciones establecieran los pasos necesarios en el proceso de formación del acto normativo.

En ese sentido, no existe consenso en la doctrina, en relación con los momentos del proceso legislativo, pero suelen admitirse seis fases esenciales: iniciativa legislativa, proceso de discusión del proyecto legislativo, votación y aprobación del proyecto, promulgación del acto normativo, publicación, y entrada en vigor.⁴⁶

En lo que respecta a la primera fase del procedimiento de formación de las leyes (la iniciativa legislativa), según Fernández Bulté, «es la posibilidad de promover el examen de un acto normativo»;⁴⁷ y, para Aragón Reyes, «el acto mediante el cual se pone en marcha obligatoriamente el procedimiento legislativo, es decir, y más concretamente, como el acto mediante el cual se abre ya paso a la fase constitutiva de ese procedimiento»;⁴⁸ criterio que siguió Méndez López: «el acto voluntario con arreglo al cual se propone al órgano legislativo un texto de carácter normativo, para que sea adoptado por éste como ley».⁴⁹ Al respecto, Álvarez Tabío⁵⁰ apuntó: «Mediante la iniciativa legislativa el autor del proyecto se ocupa de ordenar sus ideas hasta construir los preceptos que representan el producto todavía no terminado; es decir, transforma la materia social en materia jurídica».

La iniciativa legislativa se define como el primer paso en la creación de la ley, mediante la cual se presenta un proyecto de ley que proviene de los

informales y, a viva voz, discutía el proyecto. En este estadio, los tribunos de la plebe, provistos del *ius intercessionis* —derecho de veto—, podían impedir la discusión y aprobación ulterior de la *rogatio*. Llegado el momento de la votación, se reunía el pueblo, ahora en *comitium* —por tribus, curias o centurias, según fuera el comicio de que se tratara— y, si los auspicios eran favorables, se procedía a la votación escrita y secreta. (Fernández Bulté: *Op. cit.*, p. 38).

⁴⁶ Me afilio a la propuesta de fases del procedimiento legislativo expresada por Fernández Bulté (*Teoría del Estado*, pp. 61 y ss.), pues se corresponden con las etapas de formación de la ley, prescritas en el texto constitucional cubano. Pero existen otras propuestas: Cañizares (*op. cit.*, pp. 168 y ss) nos propone cinco fases: iniciativa, discusión del proyecto, aprobación, promulgación de la ley y publicación; Álvarez Tabío (*Teoría del Estado*, pp. 23-24) señala las siguientes: iniciativa legislativa, dictamen de comisiones, discusión del proyecto, aprobación y publicación. Autores de la doctrina moderna como Jorge Carpizo y Jorge Madrazo (*Derecho constitucional*, p. 25), plantean que se divide en: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

⁴⁷ Fernández Bulté: *Op. cit.*, pp. 261 y ss.

⁴⁸ Manuel Aragón Reyes: *Constitución, democracia y control*, p. 10.

⁴⁹ Méndez López: *Op. cit.*, p. 36.

⁵⁰ Álvarez Tabío: *Op. cit.*, p. 38.

sujetos legalmente autorizados por la Constitución para presentarlos, a fin de lograr su aprobación.

De acuerdo con su estructura, la iniciativa legislativa puede ser monista, dualista y pluralista,⁵¹ en dependencia del número de órganos sobre el cual recae.⁵² Además, la facultad de iniciativa legislativa puede ser clasificada en amplia, limitada y exclusiva, de conformidad con la materia.⁵³

Las constituciones determinan cuáles son los actores que gozan de iniciativa; de ahí que, en casi todos los cuerpos constitucionales contemporáneos, generalmente, en una sección titulada «De la formación e iniciativa de las leyes», claramente, establecen cuáles son los sujetos investidos de esa facultad.

La iniciativa se clasifica en: parlamentaria, ejecutiva o gubernamental, judicial y popular.

La iniciativa parlamentaria supone la posibilidad de que sea el órgano legislativo el que proponga el proyecto de ley, y puede hacerlo directamente, o a través de sus cámaras, sus comisiones o algún parlamentario considerado individualmente. La ejecutiva o gubernamental es la que se confiere al órgano ejecutivo para que, directamente, sin tener que acudir a intermediarios, pueda promover un proyecto de ley, de manera tal que sea considerado por el órgano legislativo. La popular entraña la posibilidad de la participación ciudadana directa en el procedimiento legislativo, a través de la presentación de una propuesta de carácter legislativo al órgano legislativo; es decir, se transmite al pueblo la potestad de iniciar el procedimiento de formación de la ley formal.

Resta hablar de la iniciativa judicial. Mucho se ha debatido en la doctrina moderna sobre el accionar de la alta magistratura en el proceso de formación de la ley. En tal sentido, se plantea que esta facultad se puede manifestar de dos formas: una fuerte, al presentar proyectos de ley y al participar en los debates de estos en el parlamento; y otra más débil, como ente que colabora con el organismo encargado de hacer la ley, mediante dictámenes sobre el proyecto. Así ocurre en Chile: el Artículo 21 constitucional establece que la ley orgánica, relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, solo podrá ser modificada si, previamente, se ha oído el parecer de la Corte Suprema.

Pero la iniciativa judicial está circunscrita al impulso del debate.⁵⁴ Es la potestad que suele concederse a los más altos órganos del sistema juris-

⁵¹ Aragón Reyes: *Op. cit.*, p. 12.

⁵² Hay autores, como Tosi y Morineau, que hablan de un «sistema de titularidad difusa, abierta e integradora» (Silvano Tosi, *Derecho parlamentario*, p. 335; y Martha Morineau: *Iniciativa y formación de las leyes. Cuestiones constitucionales*, p. 279).

⁵³ Marineyla Cabada Huerta: *La facultad de iniciativa legislativa*, p. 26.

⁵⁴ La ley orgánica constitucional, solo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema, de conformidad con lo establecido en aquella. La Corte debe pronunciarse en

dicional de cada país; es decir, al más alto tribunal, en el mecanismo de órganos de administración de justicia, para iniciar la formulación de una disposición normativa.

No en todos los países se atribuye esta facultad a la máxima autoridad judicial; sin embargo, en América Latina,⁵⁵ se ha convertido en una institución aceptada por la mayoría de los textos constitucionales.

ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA INICIATIVA JUDICIAL EN CUBA

La iniciativa legislativa judicial, en Cuba, fue reconocida, por primera vez, en la Constitución de 1940, lo que fue considerado un aspecto novedoso y trascendental, pues, hasta ese momento, tal facultad había sido competencia exclusiva del Congreso. De ahí que Álvarez Tabío, refiriéndose a su Artículo 135, sostuviera que, en «el precepto constitucional se abandona la vieja técnica que solo admitía la iniciativa legislativa que emanase del parlamento».

En ella, bajo la denominación de la Sección Sexta: «De la iniciativa y formación de leyes, de su sanción y promulgación», específicamente el Artículo 135, se le confirió este derecho al Tribunal Supremo, en lo relativo a la administración de justicia.

Posterior a la Constitución de 1940, se promulgó la Ley constitucional de 4 de abril de 1952, conocida por la historiografía cubana como Estatutos constitucionales de Batista, que mantuvo al Tribunal Supremo entre los sujetos legitimados para ejercer la iniciativa legislativa, y atender la administración de justicia.

La Ley fundamental de 1959 (de 7 de febrero) restituyó, íntegramente, el artículo de la Constitución de 1940 que regulaba los sujetos facultados para promover proposiciones de ley. De ahí que el Tribunal Supremo mantuviese su derecho de iniciativa legislativa.

Revisada la legislación cubana de 1940 a 1959, no existe constancia de que, en Cuba, se haya hecho uso de la iniciativa legislativa por parte del Tribunal Supremo, aun cuando, antes de ese período, existieron intentos de atribuirle, a la máxima instancia judicial, la iniciativa de las leyes civiles, penales y de procedimiento, y de las que se refieren a la organización del poder judicial.

En el ámbito del proceso de perfeccionamiento de las instituciones estatales cubanas y, en particular, del sistema de justicia, el 23 de junio de 1973, se promulgó la Ley de organización del sistema judicial, también

el plazo de 30 días, contados desde la recepción del oficio en que se solicita la opinión pertinente (www.camara.cl/legis/masinfo/m6.htm [Consulta: 14-2-2012]).

⁵⁵ Entre los países de América Latina que no reconocen la iniciativa judicial están México, Panamá, Uruguay, Argentina, Chile y Costa Rica.

conocida como Ley No. 1250, que dio respuesta a la necesidad de unificar las distintas jurisdicciones hasta entonces existentes (tribunales revolucionarios y populares) en un sistema judicial único, que garantizara la aplicación uniforme de la justicia en todo el país.

A partir de ese momento, el sistema lo conformarían el Tribunal Supremo Popular (TSP) y los tribunales provinciales y regionales populares, para los cuales las bases organizativas esenciales instituidas fueron: carácter colegiado e integración por jueces profesionales (titulados en Derecho) y jueces legos en la materia, todos electivos, responsables y revocables. Pero dicha ley no se pronunció en cuanto a la iniciativa legislativa del máximo órgano judicial. En ese período, no se presentaron proyectos de ley a instancia del TSP.

Como parte culminante del proceso de institucionalización, el 24 de febrero de 1976, en virtud de referendo popular, se proclamó la actual Constitución de la República de Cuba, cuyo Artículo 88, inciso e), ratificó la iniciativa legislativa de la máxima instancia judicial y extendió esa facultad a la Fiscalía General de la República, en su competencia.

A pesar de su reconocimiento constitucional, no fue hasta 1996 que la máxima autoridad judicial cubana puso en práctica tal iniciativa, mediante la presentación del proyecto que dio lugar al DL No. 241,⁵⁶ modificativo de la Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, «De procedimiento civil, administrativo y laboral». Este DL fue promulgado el 26 de septiembre de 2006 y se publicó, un día después, en la *Gaceta Oficial de la República*.

⁵⁶ El cometido esencial de este DL fue la creación de un modelo procesal especial, dedicado al proceso económico, que se adicionó a la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral (LPCAL), lo que hizo cambiar su denominación a Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), procedimiento que aparece regulado del Artículo 739 al 829. Además, los creadores de la norma aprovecharon para introducir ligeras modificaciones a la normativa procesal civil tradicional. Estos cambios estuvieron dirigidos, en esencia, a limitar el número de los asuntos que, tradicionalmente, eran conocidos por el TSP, mediante el recurso de casación. De ahí que se aumentó, de 1000 a 10 000 pesos, el monto de los asuntos que se resuelven, en primera instancia, por los tribunales provinciales, y que pueden ser objeto de análisis posterior en casación, a fin de evitar que asuntos de poca relevancia lleguen al máximo órgano jurisdiccional.

Asimismo, se cerró la posibilidad de conocer, en casación, los procesos de liquidación de la comunidad de bienes y del caudal hereditario, los que, hasta ese momento, gozaban de un doble juzgamiento, en las instancias municipales y provinciales y, luego, existía la posibilidad de un nuevo examen, con el recurso mencionado. También, se introdujeron cambios significativos en la tramitación de las demandas civiles, con la distinción entre las que se seguirían en proceso sumario, y aquellas que, por su mayor grado de complejidad, correspondía tramitarlas mediante el procedimiento ordinario (artículos 223 y 358). Además, se hicieron nuevas precisiones, en cuanto al término para la presentación de las demandas, el recuso de apelación y el proceso de revisión (artículos 642, 644 y 645).

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL TSP

Como ya indiqué, la facultad del TSP de participar en el proceso de formación de la ley encuentra amparo constitucional en el Artículo 88, inciso e), de la actual Carta Magna. Este precepto legal tiene como complemento el Artículo 121, que faculta al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) a ejercer la iniciativa legislativa, con lo cual queda especificado el órgano que tiene la potestad de elaborar la propuesta de ley.

Este texto consagró los principios fundamentales que sustentan el sistema judicial cubano. Entre ellos, el Artículo 120 define que «la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye».

Por ello, en cumplimiento del referido mandato constitucional, el 10 de agosto de 1977, se dictó la Ley No. 4, «De organización del sistema judicial», que derogó la Ley No. 1250 y la sustituyó. La nueva ley reguló la organización, estructura y funciones del Sistema de Tribunales Populares (STP) y realizó las modificaciones pertinentes, pero mantuvo las bases organizativas y principios esenciales existentes.

Por primera vez, en la ley orgánica, se reguló lo relacionado con la iniciativa judicial del TSP, al señalar que el ejercicio de esta es facultad de su Consejo de Gobierno, y que corresponde a ese propio órgano proponer a la ANPP, o al Consejo de Estado, los proyectos legislativos que hayan sido acordados en el Pleno del TSP.

Tal formulación previó la posibilidad de proponer proyectos a la ANPP y a su órgano representativo, no obstante el diferente rango normativo de las disposiciones jurídicas que produce cada uno de estos órganos.

A partir de lo anterior, es lógico entender que las variables normativas «iniciativa legislativa» y «proyectos legislativos» son utilizados con sentido amplio.

La Ley No. 4 fue derogada por la No. 70, de 12 de julio de 1990, que mantuvo la formulación respecto a que el TSP ejerce la iniciativa legislativa en materia de administración de justicia, mediante su Consejo de Gobierno, lo que posteriormente ratificó al enunciar las atribuciones de este órgano; sin embargo, a diferencia de la ley orgánica anterior, no hizo referencia a qué órgano legislativo se le propone el proyecto de ley. Esto podría encontrar fundamento en que el mencionado acuerdo, de 1979, de la ANPP, equipara la jerarquía de DL con el de ley, y cualquier distinción, en ese sentido, resultaba innecesaria, al margen de las valoraciones que podrían y pueden exponerse sobre la equiparación.

La Ley No. 70 fue derogada por la vigente Ley No. 82, «De de los tribunales populares», de 11 de julio de 1997, que mantuvo el mismo pronunciamiento, en cuanto al ejercicio de la iniciativa legislativa, en materia de

administración de justicia, mediante su Consejo de Gobierno. Esta, igual que la ley orgánica precedente, no reguló, expresamente, ante qué órgano corresponde proponer los proyectos legislativos. Fue su reglamento el que suplió tal omisión, al especificar, en el Artículo 14, que el proyecto de ley será presentado por el presidente del TSP a la ANPP.

De los preceptos aludidos, tanto los pertenecientes a la Constitución como a las leyes orgánicas, se colige que la iniciativa legislativa del TSP se ha previsto de manera similar a los textos constitucionales foráneos, mediante la presentación de los proyectos de ley.

Claro, la norma suprema del ordenamiento jurídico cubano vigente faculta al TSP para ejercer la iniciativa legislativa en aspectos relacionados con la administración de justicia, pero no ofrece una definición para entender este concepto normativo, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en América Latina que —en el texto constitucional y en la ley complementaria—, expresamente, regulan el contenido específico de la iniciativa judicial. A mi juicio, se necesita una definición que establezca los límites de contenido que debe tener el elemento normativo «administración de justicia», uno de los objetivos de este trabajo.

Por ello, y en aras de determinar el alcance y los límites de la iniciativa judicial en Cuba, como referentes, tomo definiciones dadas por algunos autores acerca del término *administración de justicia*, y su tratamiento en otras legislaciones.

Breve precisión sobre el concepto *administración de justicia*

La palabra *administración* se deriva de la latina *administratio* que, a su vez, viene de *ad*, *a* y *ministrare*, «servir»; su significado etimológico es «servir a, acción, actividad».

Para la doctrina, *administración* es una actividad encaminada a cumplir funciones estatales concretas, en beneficio de los intereses de la sociedad.

El concepto de *administración de justicia*, de acuerdo con el *Diccionario Jurídico Básico*, es el conjunto de los tribunales, magistrados, jueces y cualesquiera otras personas cuya función consiste en juzgar y hacer que se cumpla lo juzgado. Potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles, comerciales y criminales, juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

Méndez López y Cutié Mustelier equiparan el término *administración de justicia* con la solución de conflictos jurídicos que ello implica. Por su parte, Javier Wilenmann considera que la administración de justicia debe ser entendida como bien jurídico y como concepto autónomo o tradicional; y, al explicar la diferencia existente entre ambas dimensiones, apunta que la segunda es «la actividad de los jueces o la función judicial». Además, señala que, como categoría funcional, entre Derecho y administración de justicia, existe coincidencia casi total, tesis que defiende en los siguientes términos:

«La administración de justicia, incluso entendida simplemente como órgano, es un presupuesto necesario de la idea de Derecho, ya que permite su exigibilidad coactiva y su funcionamiento en condiciones de relativa certeza. Por lo mismo, la función de la administración de justicia reproduce, al menos, una parte de la función del Derecho».

Para Manuel Darío Gómez, la administración de justicia, desde el punto de vista social, se presenta como «un servicio público que tiende a satisfacer las necesidades sociales de la seguridad jurídica, y de la solución de conflictos por reglas objetivamente establecidas», y agrega que, en la administración de justicia, concurren las siguientes características propias de todo servicio público.

- Una actuación administrativa estructurada sistemáticamente para ofrecer al ciudadano unas prestaciones, que tienen un interés público.
- Todas las prestaciones tienen las características de continuidad en el servicio, de uniformidad, en cuanto a la forma, en el sentido de igualdad en el tratamiento a los ciudadanos, y a la tendencia hacia la gratitud y universalidad del destinatario.
- Tratamiento a los ciudadanos, y tendencia a la gratitud y universalidad del destinatario.
- Sometimiento a un régimen jurídico especial, que es la Ley orgánica del poder judicial.

Al definir administración de justicia, Álvarez Tabío plantea que «es la función que el Estado deposita o encarga a los tribunales como órganos especializados y es una manifestación de poder único del pueblo», es decir «aplicar el derecho vigente al caso concreto interpretando correctamente la ley».

También existen disposiciones normativas que definen la administración de justicia. Tal es el caso de la Ley estatutaria de la administración de justicia, promulgada en 1996 en Colombia. Según su Artículo 1, «es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional».

Como vemos, el concepto de *administración de justicia* se puede encontrar enunciado de manera diferente, aunque con elementos comunes, al existir coincidencia en que se trata de una actividad encomendada a los órganos jurisdiccionales, para resolver un caso concreto, lo que implica, necesariamente, la aplicación e interpretación de la ley. Sin embargo, esta conceptualización es restrictiva, pues, además, comprende la organización de los tribunales, atendiendo a que supone una actuación administrativa, como su propia denominación lo indica.

Desde esta perspectiva, me adscribo a los planteamientos que realiza Héctor Fix Zamudio: «El concepto de administración de justicia tiene dos

acepciones: en primer término, se refiere a la actividad jurisdiccional del Estado y, en segundo lugar, implica el gobierno y administración de los tribunales». Tal afirmación me permite concluir que la iniciativa del máximo órgano judicial en Cuba pudiera comprender, tanto la organización de los tribunales, como aspectos sustantivos y procesales, relativos a la aplicación de la ley al caso concreto.

CONCLUSIONES

1. En Cuba, la formulación de la iniciativa legislativa del TSP —en el Artículo 88 e), constitucional, y su complementos normativos, en los artículos 15, de la Ley de los tribunales populares, y 14, de su Reglamento— no permite determinar el ámbito de extensión de este importante mecanismo legislativo, en lo que respecta a contenido; no así en cuanto al tipo de disposición normativa que se puede activar, pues el Reglamento especifica que el proyecto deberá ser presentado a la ANPP.
2. El DL No. 241/2006 —puesta en práctica de la iniciativa legislativa del TSP—, que tuvo como objeto modificar la LPCAL, en cuanto a procedimiento, marginó lo prescrito por el Artículo 14 del Reglamento, al permitir que dicha iniciativa diera como resultado un DL, pues el Artículo 98, inciso g), de la Constitución advierte que solo el Consejo de Ministros puede tener iniciativa frente al Consejo de Estado, pero hace silencio respecto a los otros actores legislativos.
3. El hecho de que la anterior iniciativa ejercida por el CGTSP haya tenido como resultado el DL No. 241/2006 —y sobre la base de la equiparación que, en el ordenamiento jurídico cubano, se ha dado a la ley y al DL—, podría entenderse que el inciso e) del 88 constitucional, si bien refiere la iniciativa de ley, debe hacerse extensible a los DL-s. Ello pudiera tener consecuencias jurídico-constitucionales para el resto de los actores que tienen iniciativa, excepto para el Consejo de Ministros que, expresamente, tiene reconocida iniciativa legislativa respecto al DL.
4. La iniciativa del TSP no solo debe abarcar la organización de los tribunales y cuestiones procesales, sino, también, aspectos de orden sustantivo, configurándose así una iniciativa judicial de tipo amplio y flexible; esto último, sobre la base de que puede hacerse extensible a los DL-s.
5. La iniciativa legislativa del TSP es un mecanismo funcional, para la colaboración entre los diferentes órganos del Estado, en los límites del proceso legislativo. Además, debe ser un instrumento eficaz para las reformas de las leyes sustantivas y procesales, y de las cuestiones relativas a la organización de los tribunales, debido a la experiencia que adquiere este órgano en la administración e impartición de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1981.
- Aragón Reyes, Manuel: *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, D. F., 2002.
- _____ : «La iniciativa legislativa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, no. 16, enero-abril, Madrid, 1986.
- Cabada Huerta, Marineyla: «La facultad de iniciativa legislativa», en *Quórum Legislativo. Cámara de Diputados*, no. 89, abril-junio, México, D. F., 2007.
- Cabo Martín, C. de: *Sobre el concepto de ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- Cañizares Abeledo Fernando D.: *Teoría del Estado*, 1.ª reimp., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979.
- Carpizo, Jorge y Jorge Madrazo: *Derecho constitucional*, UNAM, México, D. F., 1991.
- Carré de Malberg, R.: *Teoría general del Estado*, UNAM, México, D. F., 1998.
- Castro Ruz, Raúl: «Discurso en el acto de proclamación de la Constitución», en *Revista Cubana de Derecho*, año v, no. 11, enero-junio, La Habana, 1976.
- Diccionario Larousse*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 1981.
- Duverger, Maurice: *Constitutions et Documents Politiques* [s.m.d.].
- Enciclopedia Jurídica Española*, Editor Francisco Seix, Barcelona [s.a.].
- Fernández Bulté, Julio: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- _____ : *Inspiración, contenido y significado de la Constitución de 1901*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2002.
- _____ : *Teoría del Estado y el Derecho*, 2.ª reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Fernández Ruiz, Jorge: «Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, no. xxxiii, no. 99, septiembre-diciembre, México, D. F., 2000.
- Fix Zamudio, Héctor: «Administración de justicia», en *Diccionario jurídico mexicano*, Porrúa-UNAM, 1992.
- _____ : «La función actual del poder legislativo», en Miguel López Ruiz (editor), *El poder legislativo en la actualidad*, UNAM, México, D. F., 2004.
- Guastini, Ricardo: *Estudios de teoría constitucional*, México D. F., 2001.
- Kelsen, Hans: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho* (versión del alemán por Luis Legaz Lacambra), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- Marill, Emilio: *Constitución de la República de Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989.
- Martínez de Navarrete, Alonso: *Diccionario jurídico básico*, Heliasta, Argentina, 1995.

- Matilla Correa, Andry: «Comentarios sobre las fuentes del Derecho administrativo cubano (excepto el reglamento)», en *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- _____ : «Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano», en *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- Mayer, Otto: *Derecho administrativo alemán*, t. 1 [s.m.d.].
- Méndez López, Josefina: «El modelo de creación de leyes en Cuba» (tesis en opción al grado de Dr. en Ciencias jurídicas), Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2009.
- Méndez López y Cutié Mustelier: «La Asamblea Nacional del Poder Popular como Parlamento Cubano u órgano legislativo representativo», en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (compiladoras), *Temas de Derecho constitucional cubano*, 2.^a reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Morineau, Martha: *Iniciativa y formación de las leyes. Cuestiones constitucionales*, UNAM, México, D. F., 2001.
- Pérez Hernández, Lissette: «El control constitucional de leyes y disposiciones normativas en Cuba», en *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009.
- _____ : «Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución», en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (compiladoras), *Temas de derecho constitucional cubano*, 2.^a reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Prieto Valdés, Martha: «El Derecho, la Constitución y su interpretación» (tesis para optar por la categoría de Dr. en Ciencias jurídicas), Universidad de La Habana, 2002.
- _____ : «El ordenamiento jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales», en Lissette Pérez Hernández (compil.), *Introducción al Estado y al Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2000.
- _____ : «La defensa de la constitución y la reforma constitucional de 1992», en Andry Matilla Correa (compil.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009.
- Rousseau, J. J.: «El contrato social», en *Obras escogidas* (pról. a la ed. cubana de J. Suárez Serrano), Editorial de Ciencias Sociales, La Habana [s.a.].
- Tosi, Silvano: *Derecho parlamentario*, trad. de Miguel Á. Rodríguez [s.m.d.].
- Vega Vega, Juan: *Derecho constitucional revolucionario en Cuba* [s.m.d.].
- Wilenmann, Javier: «La administración de justicia como un bien jurídico», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, xxxvi (1.^{er} semestre), Valparaíso, 2011, disponible en www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a15.pdf.

Legislación

Constitución de 1901.

«Constitución de la República de Cuba de 1.º de julio de 1940», en *Gaceta Oficial*, La Habana, 8 de julio de 1940.

Ley fundamental de la República de Cuba de 1959 (folleto de divulgación legislativa), Editorial Lex, La Habana, 1959.

«Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 2, ed. esp., La Habana, 24 de febrero de 1976.

«Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 3, La Habana, 31 de enero de 2003.

«Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 15 de diciembre de 1999», en *Gaceta Oficial*, no. 5.453, ed. extraord. [s.m.d.].

«Ley No. 1250 de 1973, "Ley de organización del sistema judicial"», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 13, La Habana, 1973.

Ley No. 4 de 1977, «Ley de organización del sistema judicial», Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979.

«Ley No. 7, "Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral", de 19 de agosto de 1977, modificada por el Decreto Ley No. 241», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 33, La Habana, 27 de septiembre de 2006.

«Ley No. 70 de 1990, "Ley de los tribunales populares"». en *Gaceta Oficial de la República*, ed. esp., no. 25, La Habana, 1990.

Ley No. 62, «Código penal», de 29 de diciembre de 1987 [s.m.d.].

«Ley No. 82, "De los tribunales populares", de 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 14 de julio de 1997.

«Decreto Ley No. 151/1994», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 6, La Habana, 10 de junio de 1994.

«Decreto Ley No. 175/1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 6, La Habana, 26 de junio de 1997.

«Decreto Ley No. 310/2013», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 25 de junio de 2013.

«Reglamento de la Ley de los tribunales populares», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., La Habana, 2 de febrero de 1998.

«Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 48, La Habana, 27 de diciembre de 1996.

«Acuerdo de la Asamblea Nacional No. III-139», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., La Habana, 25 de diciembre de 1996.

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO¹

*M.Sc. Raisa María Aguirre Alonso
presidenta, Sala de lo CAL, TPP de Cienfuegos*

RESULTA INOBJETABLE QUE la ley es la fuerza jurídica superior del ordenamiento, por ser expresión de la voluntad general. Es la norma jurídica emanada del pueblo, mediante el órgano que la representa políticamente y es este su destinatario. En materia específicamente de fuentes, el sistema jurídico cubano defiende el principio de legalidad, en vínculo directo con el principio de supremacía de la ley, y subordina a ella cualquier otra posible fuente, como pudiera ser la jurisprudencia o los principios generales de Derecho, cuestión determinada expresamente en el Artículo 10 de la Constitución de la República de Cuba.²

Al ser objetivo fundamental de nuestro Estado la preservación del orden legal en la sociedad, la garantía del cumplimiento de la ley y la búsqueda de la justicia como baluarte axiológico, las fuentes cobran gran importancia por la imperiosa necesidad que tienen los operadores del Derecho de conocer el alcance, papel y trascendencia de estas en la aplicación del Derecho, y su papel en el del sistema jurídico.

Aunque todos los operadores jurídicos interpretan las normas para su aplicación, son los jueces quienes tienen el mayor protagonismo al respecto, por ser la vía judicial una de las principales para dirimir los conflictos del Derecho. Los tribunales deben enfrentarse, además, al proceso de integración de este, en aras de colmar las lagunas de la ley.

Ante la imposibilidad de los jueces de abstenerse de fallar, y a pesar de la existencia de estas lagunas, los mecanismos de integración del Derecho se convierten en imprescindibles para disminuir las consecuencias negativas de este problema.³ En la realidad jurídica de Cuba, no existe norma alguna que determine cuáles son las fuentes del ordenamiento jurídico ni una posible relación de jerarquía entre las que, en la práctica, se utilizan. Si bien los jueces están vinculados exclusivamente a la ley,

¹ Este texto fue seleccionado para la edición no. 25 de *Justicia y Derecho*, la correspondiente a diciembre de 2015, donde aparece entre las páginas 154 y 167. Tutora: Dra. Lissette Pérez Hernández.

² Constitución de la República de Cuba, Artículo 10.

³ La actuación del Tribunal Supremo Popular (TSP) sirve de pauta permanente para los operadores jurídicos en la solución de los asuntos y la fundamentación de sus sentencias.

con responsable y libre interpretación, considero que, en la práctica judicial, la jurisprudencia tiene una vida intensa y muy provechosa, que se expresa en el quehacer diario de los tribunales, la aplicación del Derecho, la interpretación de las leyes y el proceso de integración, ante la ausencia o insuficiencia de regulación para un supuesto específico, por lo que se atempera constantemente el contenido de las disposiciones normativas vigentes, con los supuestos que van surgiendo con el devenir de la vida social, fundamentalmente en las materias civil y administrativa.

De ahí, la importancia de esta temática, pues es conocido que las decisiones del tribunal superior están impregnadas de fundamentos suficientes para lograr credibilidad y convencimiento y, en su motivación, siguen un relevante hilo conductor argumentativo.

ANÁLISIS CONCEPTUAL Y DOCTRINAL DE FUENTE FORMAL DEL DERECHO

En relación con el término *fuentes de derecho*, existen distintos conceptos y categorías, unos más amplios, otros más restrictivos,⁴ que dependen de las formas y modelos asumidos por los distintos ordenamientos jurídicos. Generalmente, se entiende como origen, causa, nacimiento del Derecho.

Partiendo de esto, el sistema jurídico de cada país determina cuáles son sus fuentes y cuál es la prelación entre ellas. Algunos ordenamientos jurídicos la reconocen como fuente formal del Derecho, mientras que otros no. Las fuentes formales dependen del sistema de Derecho en que se aplique; ejemplo de esto es que la jurisprudencia solo se aprecia en los países que siguen el sistema romano-germano-francés, mientras que el precedente judicial es exclusivo del sistema anglosajón.

El estudio de las fuentes del Derecho no corresponde a una rama específica del sistema jurídico; en ellas, cada una es tratada desde sus perspectivas, pero su determinación ha de pasar por determinado condicionamiento político en tanto es innegable que, como sostiene el profesor Luis Díez-Picazo, se trata de

[...] un problema eminentemente político por una parte y, por otra, una cuestión de índole sociológica. La enumeración y el establecimiento de la jerarquía de las fuentes es, ante todo, un problema político porque entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder —poder mandar y poder hacerse obedecer—, que en última instancia es un poder de naturaleza política.

El profesor Grillo Longoria trata, como fuente de un fenómeno, aquello que lo origina y le da vida, y estima que son fuentes del Derecho las con-

⁴ Enrique Aftalión y José Vilanova: «Las fuentes de derecho», p. 832.

diciones económicas y políticas de la vida de la sociedad y el poder del Estado que encarna su voluntad en ley.⁵

Rotondi razona que, si por fuente se entiende el origen último de la norma jurídica, todas proceden de la conciencia jurídica colectiva; pero, desde el punto de vista técnico, deben entenderse como tal los medios, los instrumentos inmediatos a través de los cuales se actúa en cualquier ordenamiento positivo, el mandato de las normas jurídicas.⁶

Por su parte, el profesor Mendoza estima que solo tendrá el carácter de fuente formal del Derecho, aquello de lo que el juez pueda hacer uso para fundamentar jurídicamente su actuar en un proceso determinado.⁷

Para Díez-Picazo, la expresión *fuentes del derecho*, además de designar el origen de las normas jurídicas, es decir, sus autores, y la forma en que se exteriorizan, también identifican la instancia de legitimación o causa de justificación del ordenamiento y sirven al conocimiento del material normativo.

Aspectos interesantes se derivan de la interpretación de los conceptos anteriormente ofrecidos, puesto que, a pesar de que ninguno es totalmente acertado, sí introducen aspectos importantes que, en conjunto, brindan una visión relativamente acertada de qué entender por fuente formal, con algunos puntos de contacto.

El concepto *fuentes del derecho* no tiene un único punto de referencia. El profesor Fernández Bulté⁸ define las fuentes formales como los procedimientos, métodos, mecanismos y, también, los organismos o autoridades que dan nacimiento al Derecho, o que legitiman su existencia, siempre que esos actos, procedimientos y autoridades estén, a su vez, debidamente facultados y legitimados por las normas de reconocimiento y, sobre todo, por las de adjudicación y cambio.

Visto así, es indiscutible que la ley resulta la fuerza jurídica superior, por ser expresión de la voluntad general; es la norma jurídica emanada del pueblo, mediante el órgano que la representa políticamente, y es este su destinatario. La Constitución es la norma preminente, al ser creada y justificada, precisamente, por el poder que da origen al ordenamiento jurídico; es la norma superior, en la que descansa la unidad del ordenamiento, contiene los principios cardinales sobre los que se fundamenta un Estado y su Derecho, y es el punto de inicio y de sujeción de las restantes normas.

El resto de las fuentes formales tienen relación de dependencia para con la ley y, para su validez, penden del reconocimiento que esta haga de

⁵ R. Grillo Longoria: *Teoría general del proceso civil*, p. 15.

⁶ M. Rotondi: *Instituciones de Derecho privado*, p. 52.

⁷ J. Mendoza Díaz et al.: *Lecciones de Derecho procesal civil*, p. 9.

⁸ Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y el Derecho*, pp. 40-42.

ellas. Es lo que se llama el principio de legalidad, sinónimo de supremacía de la ley, pero no necesariamente implica la exclusión de otras fuentes.

A mi juicio, las fuentes formales no pueden evaluarse de forma restrictiva. Hay que apreciarlas de una manera abierta, para poder conseguir la real justicia. Pueden entenderse como las formas en que se expresa o manifiesta el Derecho en el plano exterior de un ordenamiento jurídico determinado (Constitución, leyes, costumbres, jurisprudencia, tratados, etc).

Por fuentes formales indirectas, se entienden los procedimientos de formalización del Derecho, cuya función creadora, indirecta consiste en coadyuvar en la formulación de las normas jurídicas, orientando, interpretando e integrando.

CONTENIDO DE LA JURISPRUDENCIA

Para abordar la jurisprudencia, desde un punto de vista conceptual, hay que hacer referencia a la existencia de los dos sistemas fundamentales en los que opera el precedente judicial, con sus diferencias marcadas por la posición que ostentan el juez y la ley en la estructura estatal y jurídica. Está determinada por condicionamientos sociohistóricos, políticos e *iusfilosóficos* particulares. Esos sistemas son el anglosajón, el anglo-norteamericano o *commom law* (derecho común) y el continental, europeo o romano-francés.

En un sentido moderno, la voz *jurisprudencia* puede ser vista como la forma habitual o uniforme, cómo la justicia aplica o interpreta el Derecho.⁹ Cossio plantea diferentes acepciones y acepta el término *jurisprudencia* como el conjunto de las resoluciones judiciales, el precedente específico que se invoca en una causa judicial, las sentencias de los tribunales superiores, la casación, los acuerdos plenarios de las cámaras de apelación e, incluso, lo que disponen ciertas leyes sobre la jurisprudencia obligatoria. Para él, todas estas acepciones tienen en común la existencia de jurisprudencia en el hecho de que, en la práctica forense, hay ciertos fallos que influyen sobre otros.¹⁰

Fernández Bulté la identifica con la doctrina que sientan los tribunales, cuando interpretan de una manera —varias veces, con reiteración— una norma jurídica,¹¹ es decir, el criterio seguido por los tribunales en la aplicación del Derecho (la *ratio decidendi* que se mantiene en los pronunciamientos que resuelven, de modo similar, casos parecidos). Esta acepción es la que más se ajusta a la realidad y prevalece en la técnica jurídica actual,

⁹ Arturo Orgaz: *Diccionario elemental de Derecho y ciencias sociales*, 2.ª ed., p. 313.

¹⁰ Carlos Cossio: *El Derecho en el derecho judicial*, p. 168.

¹¹ Fernández Bulté: *Op. cit.*, p. 56.

pero solo se acepta cuando proviene del órgano jurisdiccional de carácter supremo. Considero que se podría definir *jurisprudencia* como el conjunto de decisiones, principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos del TSP sobre una materia determinada, donde se evidencia una forma reiterada de interpretar una determinada norma jurídica o de resolver un caso concreto. Es un conjunto reiterado de criterios, establecidos por la máxima instancia judicial del país.

LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO CIVIL Y ADMINISTRATIVO

La jurisprudencia tiene un papel relevante y activo en el sistema jurídico, lo que ha sido abordado históricamente por varios autores. José A. del Cueto, en los inicios del siglo xx, decía:

El papel preponderante de la jurisprudencia en la aplicación del derecho, a pesar [de] que nuestros cuerpos legales desconocen su existencia o la proscriben, es uno de los ejemplos más característicos del contraste que con frecuencia se ofrece entre el Derecho como norma estricta en los textos y el Derecho tal como se manifiesta y vive en la realidad.¹²

Siguiendo una línea parecida, Giorgio del Vecchio indica que

[...] es más verdadero el concepto aristotélico por el cual el juez es la justicia viva; es precisamente un órgano que resume en sí el espíritu del derecho vigente, y lo expresa en nuevas formulaciones, coherentes con el sistema mismo. Desconocer este propio carácter de la actividad de la jurisprudencia estaría en contradicciones con los más seguros testimonios de la misma experiencia, la cual precisamente nos muestra cómo los sistemas jurídicos, y especialmente los más perfectos y progresivos, comenzando por el romano, se han desenvuelto efectivamente con la ayuda activa y no simplemente pasiva de la jurisprudencia. Parafraseando una célebre fórmula filosófica, se puede decir que la legislación sin la jurisprudencia estaría vacía, así como la jurisprudencia sin la legislación estaría ciega.¹³

¹² José A. del Cueto: «Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales el día dos de septiembre de 1918», p. 3.

El profesor del Cueto (*Op. cit.*, pp. 14-15) acuñó una célebre frase muy ilustrativa y trascendente, donde resume magistralmente el influjo de la jurisprudencia más allá de reconocimientos formales: «[...] A las relaciones actuales de la Ley con la jurisprudencia cuadra aquella frase con que Thiers definió la situación del Rey Constitucional: La Ley reina y no gobierna. La Ley manda, pero quien gobierna en su nombre el vasto campo de las actividades jurídicas, es la jurisprudencia».

¹³ Giorgio del Vecchio: *Crisis del Derecho y crisis del Estado*, p. 50.

De ahí que Federico Puig Peña calificara a la jurisprudencia como «un organismo creador de disposiciones cuasi normativas».¹⁴

Santofimio Gamboa subraya que «[...] la jurisprudencia le otorga fundamentos al sistema jurídico administrativo en la medida en que configura normas interpretativas que atribuyen consistencia al principio de legalidad y permiten articular los principios generales del derecho [...]».¹⁵

Por su parte, Santamaría Pastor expresa que «[...] el contenido real de las normas no radica en lo que dice su texto, sino en lo que los tribunales dicen que dicen. De forma inevitable, consciente o no, la jurisprudencia crea realmente norma».¹⁶

A mi juicio, estos autores tienen puntos coincidentes en sus reflexiones y están muy a tono con lo que acontece en la vida jurídica; todos resaltan el importante papel que desempeña la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico, y las funciones que desarrolla en él, como fuente formal del Derecho.

Es fundamental, en su labor interpretativa, que se evidencia aun más, cuando la ley es poco clara, imprecisa u oscura, puede implicar sentidos ambiguos y presenta expresiones o conceptos indeterminados, sin que se limite solo a ello, pues se extiende, además, a aquellas normas que no tienen ninguno de esos problemas y son perfectamente claras.

La labor interpretativa se presenta como una herramienta para los juristas, a la hora de aplicar la ley; resulta sumamente útil, en la práctica judicial, ante la imprevisión legal o las lagunas de la ley. Son los jueces quienes tienen la responsabilidad de salvar la situación en los casos concretos que conocen. El tribunal, cuando sentencia, debe subsanar los vacíos dejados por el ordenamiento jurídico. El TSP, mediante la jurisprudencia, establece un patrón para la aplicación del Derecho, en la resolución de los casos de idéntica naturaleza, con un propósito unificador, e indica el análisis que deben seguir los tribunales inferiores para llegar a la solución de los casos. Mediante la jurisprudencia, el tribunal superior ofrece un criterio guía a los tribunales inferiores.

La jurisprudencia es fuente del Derecho, al ser tenida en cuenta por estudiosos, desde el punto de vista argumentativo, para apoyar sus decisiones; y por los legisladores, a la hora de elaborar las normas jurídicas o de modificar la legislación existente.

La función creadora de la jurisprudencia revela su utilidad en la práctica judicial. No es correcto afirmar que los jueces son solo autómatas aplicadores de la ley, pues su actividad, ante las lagunas, es activa y compleja,

¹⁴ Federico Puig Peña: *Tratado de Derecho civil*, t. 1, p. 353.

¹⁵ Jaime O. Santofimio Gamboa: *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, 2.ª ed. p. 446.

¹⁶ Juan A. Santamaría Pastor: *Principios de Derecho administrativo*, vol. I, 3.ª ed., p. 167.

con una indiscutible cuota de discrecionalidad; pero discrecionalidad con límites, lo que impone el ordenamiento y la preservación de la legalidad.¹⁷

Asimilo, perfectamente, esta afirmación de Álvarez Tabío:

Digamos al juez, parafraseando una célebre fórmula filosófica: no hagas como el alquimista que hacía oro de la nada, haz como el minero, extrae la norma que ha de medir tu conducta arrancándola de lo bueno y de lo justo que se esconde en las entrañas de la ley, y así el Derecho positivo dejará de ser un cuerpo sin alma para adquirir el valor de fuerza estructurante de la vida futura.¹⁸

Los jueces construyen: razonan, ante una gama de posibilidades, argumentan, ponderan, pero no crean normas nuevas. En este sentido, discrepo de los autores que afirman esto último. Su actividad contribuye al enriquecimiento doctrinal, al afianzamiento y la salvaguarda de valores y principios que sirven como base a su solución, enriquece el Derecho en un sentido amplio y, todo ello, a partir de la obligación legal impuesta por ley y como una garantía, para los justiciables, de que no quedarán desamparados, ni siquiera ante la presencia de lagunas jurídicas.

El juez, en la impartición de justicia, tiene una actividad creativa, pues, independientemente de realizar la subsunción del caso en la norma, para hallar su solución, incorpora elementos y fundamentos para resolverlos, sobre todo en los que hay ausencia e insuficiencia de norma aplicable, y fija el significado de supuestos o conceptos indeterminados legalmente. Además, incorpora su punto de vista a lo dispuesto en la norma, vincula la norma general con el caso particular, la cual está impregnada de fuerza obligatoria para las partes.

Según planteaba Italo Luder, «el uso y manejo de la jurisprudencia es fecundo cuando se lo encara como una actividad propicia al conocimiento del Derecho. Su empleo como mera artesanía, exclusivamente como un recurso para alcanzar en el juicio el éxito deseado, es de escasa proyección en el campo jurídico».¹⁹ El hecho de que el legislador pueda preverlo todo es una mera ilusión que, en la práctica, se ha visto desvanecida. Ahí se ve claramente la misión supletoria que la jurisprudencia puede desempeñar para dar solución a los casos que la ley no ha previsto y que no pueden quedar sin solución.

Para Cossio, «la jurisprudencia influye necesariamente en las decisiones del juez, porque este tiene que plantearse el problema de la objetivi-

¹⁷ «El juez penetra y fija el sentido de la norma, y hasta en situaciones excepcionales —en una remota colaboración con el legislador— se sale de la ley, aunque no más allá de sus aguas jurisdiccionales, con imperio de obediencia». (Manuel H. Hernández: *Los nuevos rumbos del Derecho*, p. 131).

¹⁸ Fernando Álvarez-Tabío: «Tesis», p. 53.

¹⁹ Italo Luder: «Concepto, función y técnica de la jurisprudencia», p. 911.

dad», y concluía diciendo que «lo que la jurisprudencia realiza es, precisamente, la intersubjetivización en el dato de la valoración judicial, dando así objetividad a la valoración del juez, es decir, que el juzgador encuentra en la jurisprudencia el elemento para objetivizar su valoración».²⁰

Considero que el Derecho vivo puede encontrarse, primero, en la jurisprudencia, puesto que el ordenamiento jurídico consiste en un conjunto de normas abstractas y generales, y lo realmente relevante, en la práctica, consiste en cómo se adapta, en cómo se aplica esa norma general y abstracta al caso concreto, en lo cual la jurisprudencia desempeña un papel decisivo.

Ramón Martín Mateo dice que «[...] las posiciones jurisprudenciales pueden tener una gran trascendencia en el sentido de que si los jueces insistentemente interpretan una norma en un sentido, ha de sospecharse que cualquier fallo que se produzca en el futuro irá por esa línea, por esa dirección [...]».²¹

Marcel Waline expone que, de hecho, los tribunales, por el buen sentido y la equidad, respetan su propia jurisprudencia. Este autor razona que, en la práctica, mientras una regla jurisprudencial se establece, llega a presentar garantías de permanencia bastante serias para merecer ser estudiada; ella tiene cierta estabilidad. No obstante, valoraba que esta estabilidad es mucho menos grande en el Derecho administrativo que en el Derecho privado porque el primero no está aún completamente formado.²²

Como bien exponen estos autores, resulta poco lógico que los jueces resuelvan casos semejantes en forma diferente, pues ello degenera gravemente la administración de justicia y —a mi modo de entender— contraviene los deberes propios del juez, que lo obligan a actuar con imparcialidad e independencia, y someterse únicamente a la Constitución y a la ley. Al resolver casos iguales en forma diferente, en vez de generar confianza, hacen que los ciudadanos desconfíen del sistema judicial, pues la administración de justicia tiene por función, además de resolver conflictos e incertidumbres sociales, crear seguridad jurídica, tratar igual los casos iguales y dar a cada parte litigante lo que le corresponde.

²⁰ Cossio: *Op. cit.*, pp. 155-183.

²¹ Ramón Martín Mateo: *Manual de Derecho administrativo*, 18.^a ed., p. 103.

²² Marcel Waline: *Manuel élémentaire de Droit administratif*, pp. 19-20. «[...] Mais, en fait, les tribunaux sont portés par le bon sens même et l'équité à respecter leur propre jurisprudence. En effet, voici un tribunal qui, ayant à trancher une question juridique délicate ou nouvelle, a longuement et soigneusement étudié la question et s'est déterminé à une certaine solution après mûre réflexion. Ne serait-il pas contraire à tout bon sens qu'il aille aussitôt se déjuge dans un second jugement? Ne serait-ce pas contraire aussi à l'équité? [...], en pratique, lorsqu'une règle jurisprudentielle est établie, elle arrive à présenter des garanties de permanence assez sérieuses pour mériter d'être étudiée. En fait, la jurisprudence a un grand intérêt pratique ; elle a une certaine stabilité. Il faut d'ailleurs reconnaître que cette stabilité est beaucoup moins grande en droit administratif qu'en droit privé, parce que, comme il déjà été dit, le droit administratif n'est pas encore complètement formé».

En tal sentido, Edgar Bodenheimer reflexiona así: «El problema de la justicia está íntimamente relacionado con el de la igualdad en la vida social humana. Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica», y «[...] el tratamiento igual de las situaciones iguales es la exigencia más fundamental de la justicia [...]». ²³ Esta expresión refuerza aun más nuestra posición, pues, si todas las personas son iguales ante la ley, el juez debe dar respuesta jurídica similar a todos los casos iguales, semejantes o análogos.

Siguiendo esa misma idea, cuando el juez actúa con superficialidad, no está cumpliendo el mandato para el que ha sido nombrado. En tal sentido, son oportunas las palabras de Enrique Hart Ramírez, en el acto de apertura del año judicial 1961:

Cuando los magistrados y jueces adquieran plena conciencia de su verdadera misión como activos vigilantes de la legalidad socialista, estarán en condiciones de crear una jurisprudencia en donde palpite la nueva sustancia histórica que impregne en el pensamiento de todos el deber de observar, exacta e inflexiblemente, las leyes fundamentales de la Revolución.²⁴

Los tribunales cubanos funcionan de forma colegiada en todos los asuntos y en todas las instancias, mantienen el intercambio de criterios y de puntos de vista y adoptan decisiones colectivas y consensuadas, sin dejar el menor margen al error y a la estrechez en los análisis. Siempre, tienen presentes la razonabilidad y la racionalidad que deben caracterizar las decisiones judiciales, y las del TSP, por excelencia.

A propósito, considero que los jueces se sienten obligados a asumir la jurisprudencia porque los magistrados que integran el órgano superior tienen una vasta experiencia y conocimiento del Derecho, además de que los tribunales de jerarquía inferior, ante el temor de que sus fallos puedan ser modificados o revocados por el superior, siguen los criterios en que este último basa los pronunciamientos de sus sentencias.

Por último, al resolverse casos de similar naturaleza, siempre se acude a la experiencia acumulada, lo que considero una actitud lógica, pues recurrir a un comportamiento previo y tomarlo como criterio de base para solucionar un caso que, en esencia, es semejante al que motivó ese comportamiento precedente, nos sirve de guía para poder resolver o decidir el caso que se nos presenta.

El condicionamiento del actuar de los tribunales a la ley, a las demás fuentes y, también, a la línea interpretativa que va sentando el TSP, mediante sus fallos, es lo que hace que la jurisprudencia goce de un papel

²³ Edgar Bodenheimer: *Teoría del Derecho*, 2.ª ed., pp. 56 y 125-126.

²⁴ Tribunal Supremo Popular: *Enrique Hart Ramírez, Maestro de jueces y de hombres*, p. 42.

privilegiado y preponderante en el sistema de fuentes y, por ende, en las ramas del Derecho civil y administrativo.

Considero que la jurisprudencia debe ser reconocida expresamente, en el ordenamiento jurídico cubano, como fuente de Derecho, pues la práctica judicial opera como tal, lo que se evidencia por la utilidad que desempeña en aquel. Dicho reconocimiento contribuye a otorgarle fuerza legal a la líneas de solución del TSP, ante casos similares, y a la labor interpretativa que realiza este órgano, sobre todo frente a las lagunas de la ley, lo que produce unidad de criterio en la aplicación e interpretación del Derecho por los tribunales.

También, la jurisprudencia cumple un cometido de fuente del sistema jurídico; el legislador tiene presentes las reglas jurídicas que en ese proceso se crean y los criterios de las personas que integraron el órgano que la generó, en la función judicial, para articularlas en una disposición normativa. En muchas ocasiones, la jurisprudencia se convierte en elemento indispensable a tener en cuenta para la elaboración de la disposición normativa.

La jurisprudencia sirve de base, también, para la instrumentación de las instrucciones que dicta el Consejo de Gobierno (CG) del TSP. En Cuba, como establecen la Constitución y la Ley de los tribunales populares, las instrucciones que imparte el CGTSP tienen como base la experiencia de los tribunales, y dicha experiencia proviene, en gran medida, de la forma en que estos últimos resuelven los casos que conocen, con determinación, en las sentencias que dictan.

Las instrucciones propiamente dichas se convierten en una vía de instrumentación de los criterios que siguen los tribunales en su actividad y que encuentran contenidos en sus fallos; de esta manera, se asume que los fallos de estos, y fundamentalmente los del máximo órgano, son la manifestación de la experiencia judicial por excelencia porque aportan los elementos sustanciales del sistema de derecho cubano, en general.

En fin, considero que la jurisprudencia cubana, en la práctica judicial, es fuente formal e indirecta del Derecho. De manera que sería de gran utilidad su reconocimiento legal, pues el tribunal superior establece su decisión sobre el alcance de la ley. Debe establecerse un moderno sistema judicial que garantice la unidad del orden jurídico y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

De hecho, nuestro sistema de justicia permite que los jueces de los tribunales inferiores participen con el superior, en la elaboración de la jurisprudencia y, cuando estimen que existen interpretaciones más adecuadas a la ley que las establecidas por dicho órgano superior, sometan a este sus razones, como vía para procurar un cambio de orientación, sin menoscabar el carácter de órgano jurisdiccional superior.

Se impone la reflexión acerca de en qué disposición normativa sería más prudente insertar esta materia. Generalmente, aparece regulada en

los códigos civiles o leyes procesales. Pienso que debe estar en la Constitución, dada la supremacía de esta norma.²⁵

Si bien he enfocado esta situación en las materias civil y administrativa, el reconocimiento de la jurisprudencia, como fuente del Derecho cubano, resulta de gran utilidad para los operadores jurídicos en todas las materias. A partir de la regulación constitucional, cada rama podría establecer las especificidades y limitaciones correspondientes.

CONCLUSIONES

1. Conceptualmente, la jurisprudencia debe asumirse como el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los tribunales, como la forma reiterada de interpretar una determinada norma jurídica o de resolver un caso concreto, lo cual coadyuva a la formación de las normas jurídicas y a su aplicación por parte de los mismos jueces y de los profesionales del Derecho.
2. En la práctica judicial cubana actual, la jurisprudencia es una fuente formal indirecta del Derecho: constituye una herramienta interpretativa de innegable utilidad, ante la imprevisión legal, la ambigüedad, la imprecisión o la contradicción de las normas. Desempeña un papel decisivo porque permite adaptar las normas generales y abstractas al caso concreto.
3. La actividad de los jueces, al integrar el Derecho, en caso de lagunas legales, no debe concebirse como creación normativa. Los jueces construyen ante el caso específico, particularizan, razonan ante una gama de posibilidades, argumentan, ponderan, pero no crean normas nuevas.
4. La jurisprudencia, como fuente formal de Derecho, tiene por función producir una unidad de criterio en la aplicación e interpretación del Derecho por los tribunales.
5. La concepción de *fuentes formales del Derecho*, en el sistema jurídico cubano, no debe seguir evaluándose de forma restrictiva. A pesar de que la jurisprudencia no se encuentra establecida, normativamente, en el ordenamiento jurídico cubano, como fuente formal del Derecho, los antecedentes históricos y la práctica judicial actual en el país determinan

²⁵ «De la concepción prevaleciente acerca de lo que es una Constitución y sus funciones básicas dependerá el diseño de su acción y el fundamento de su eficacia en la sociedad». (Martha Prieto Valdés: «Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución», p. 29).

«[...] la supremacía constitucional tiene que entenderse, *a fortiori*, como supremacía normativa y como supremacía político-ideológica». (Julio Fernández Bulté: «Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy», p. 15).

que esta sea efectivamente aplicada, sin que exista indicación expresa que lo prohíba.

6. Resultaría trascendental y de gran utilidad el reconocimiento expreso de la jurisprudencia como fuente formal, en Cuba, del Derecho civil y administrativo, pues ello contribuiría a otorgarle fuerza legal a las líneas de solución del TSP y a la labor interpretativa que realiza este órgano en tales materias, sobre todo frente a las lagunas de la ley, lo que posibilitaría una unidad de criterio en la aplicación e interpretación del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Aftalión, Enrique y Fernando García Olano: *Introducción al Derecho*, t. 2, 5.ª ed., Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1956.
- Aftalión, Enrique y José Vilanova; «Las fuentes de Derecho», en *La Ley*, t. 77, Buenos Aires, 1955.
- Álvarez-Tabío, Fernando: «Tesis», en *Legalidad y Justicia*, vol. CL, Jesús Montero Editor, La Habana, 1952.
- _____: *Política y Legalidad*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1977.
- Arredondo Suárez, Isabel I.: «Los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano» (ponencia, III Encuentro Internacional Justicia y Derecho), La Habana, 2006.
- Bodenheimer, Edgar: *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1946.
- _____: *Teoría del Derecho*, 2.ª ed. en español, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000.
- Cossio, Carlos: *El Derecho en el derecho judicial*, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945.
- _____: *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2.ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1947.
- Del Cueto y Pazos, José Antolín: «Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales, La Habana, 2 de septiembre de 1918» [s.m.d.].
- Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1997.
- _____: «Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy», en *El Otro Derecho*, vol. 6, no. 2, Bogotá, 1994.
- _____: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005
- _____: *Teoría del Estado y el Derecho*, 2.ª reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Ferrari Yaunner, Majela: «Los principios de legalidad y seguridad jurídicas como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba» (tesis en opción al grado científico de doctor).

- Grillo Longoria, Rafael: *Teoría general del proceso civil*, 2.^a ed., corregida y aumentada, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1993.
- Hernández, Manuel H.: *Los nuevos rumbos del Derecho* («Biblioteca jurídica de autores cubanos y extranjeros», vol. CLXVIII), Jesús Montero Editor, La Habana, 1954.
- Luder, Italo: «Concepto, función y técnica de la jurisprudencia», en *La Ley*, t. 37, Buenos Aires, 1945.
- Martín Mateo, Ramón: *Manual de Derecho administrativo*, 18.^a ed., Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1996.
- Martínez Roldán y Fernández Suárez: *Curso de teoría del Derecho*, Ariel S.A, Barcelona, 1999.
- Matilla Correa, Andry: «Comentarios sobre las fuentes del Derecho administrativo cubano (excepto el reglamento)», en *Temas de Derecho administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Mendoza Díaz, Juan *et al.*: *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Orgaz, Arturo: *Diccionario elemental de Derecho y ciencias sociales*, 2.^a ed., Editorial Essandri, Córdoba, [s.f.].
- Prieto Valdés, Martha: «Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución», en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (compiladoras), *Temas de Derecho constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- Puig Peña, Federico: *Tratado de Derecho civil*, t. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- Rotondi, M.: *Instituciones de Derecho privado*, Editorial Labor, Barcelona, 1953.
- Rousseau, Juan Jacobo: *Del contrato social*, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2003.
- Sánchez de Bustamante y Montoro, Antonio: *La jurisprudencia en la jerarquía de las fuentes del Derecho positivo cubano* («Monografías jurídicas», vol. III), 2.^a ed., Jesús Montero Editor, La Habana, 1937.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo*, vol. I. 3.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2000.
- Santofimio Gamboa, Jaime O.: *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, 2.^a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- Tribunal Supremo Popular (compil.): *Enrique Hart Ramírez, maestro de jueces y de hombres*, TSP, La Habana, 2010.
- Waline, Marcel: *Manuel élémentaire de Droit administratif*, Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1936.
- Vecchio, Giorgio del: *Crisis del Derecho y crisis del Estado*, tr. de Mariano Castaño, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935.
- Vecchio, Giorgio del y Luis Recaséns Siches: *Filosofía del Derecho*, tr. de la 4.^a ed. italiana, UTEHA, México D. F., 1946.
- Villabella Armengol, Carlos: «La axiología de los derechos humanos en Cuba» en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés, *Temas de Derecho constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

Legislación

«Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 3, de enero de 2003, La Habana.

«Ley No. 82, “De los tribunales populares”, aprobada por la Asamblea Nacional en su sesión del 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., 14 de julio de 1997, La Habana.

«Reglamento de la Ley de los tribunales populares», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ordinaria, 2 de febrero de 1998, La Habana.

EL AMPARO CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS

*M.Sc. Luisis Mariely González Piloto¹
jueza profesional, TPP de Pinar del Río*

ENTRE LOS CONTENIDOS más trascendentales regulados en las constituciones, se encuentran los derechos y libertades individuales, en tanto están destinados a garantizar la plenitud de la existencia de los seres humanos en sociedad. Doctrinalmente, los derechos y las instituciones que garantizan su ejercicio se manifiestan bajo diversas denominaciones en diferentes países.

El amparo es una de esas garantías que protege al individuo ante las vulneraciones de sus derechos. Su conceptualización y la determinación de su naturaleza, rasgos, contenido y funciones no deja de ser controversial y novedosa.

En Cuba, el desarrollo jurídico de esta institución ha sido escaso, de hecho, no ha existido regulación de esta con rango constitucional. Es incontestable que los precedentes que existieron respecto al tema, en la etapa prerrevolucionaria, y el cauce tristemente seguido por el Tribunal de Garantías Constitucionales en la protección de tales derechos constitucionales, generó un rechazo político a cualquier órgano judicial encargado de llevar la misión de defender los derechos constitucionales.

En la legislación cubana ordinaria actual, se hace referencia al amparo en varias manifestaciones y momentos. Sin embargo, tal regulación no es consecuente con la perspectiva doctrinal de esta garantía, ni a través de ella se satisfacen las necesidades de protección de los derechos constitucionales en el país.

La prevalencia de los derechos ciudadanos, ante posibles laceraciones, está presente en todos los escenarios sociales, pues no basta con el simple reconocimiento legal de estos, su ejercicio reclama el establecimiento de condiciones, instituciones y mecanismos que propicien su realización efectiva.

Por tanto, fue oportuno desarrollar una investigación desde el Derecho constitucional cubano, en tanto esa institución jurídica reforzaría los principios rectores de nuestro diseño constitucional y su esencia humanista. Además, el subsistema de garantías jurisdiccionales es insuficiente y limitado, en cuanto no prevé mecanismos efectivos a ese fin, desde y para lo constitucional.

¹ Tutor: M.Sc. Orestes Rodríguez Musa.

La defensa de los derechos fundamentales, en nuestro contexto social y económico, tiene hoy una marcada importancia, pues este exige y augura transformaciones en el modelo de gestión económica que se reflejarán en el sector jurídico, todos amparados en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados en abril de 2011, por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, razones que implican la salvaguarda de los derechos.

Para dirigir adecuadamente estos cambios, se requiere de un sustento en el orden constitucional, que no solo conciba nuevas formulaciones a los derechos, sino también nuevas garantías como el amparo, sobre todo dirigida a la relación administración-administrado, partiendo de la máxima de que la tutela rápida y efectiva de los derechos deviene legitimidad democrática.

Este estudio en materia de garantías se centra, fundamentalmente, en las jurisdiccionales, aun cuando se abordan las normativas e institucionales, en general, y el centro de la investigación es el amparo constitucional, que llevará necesariamente al tratamiento de su anclaje institucional, que no debe enfrentarla a los principios sobre los que se organiza el Estado.

Sobre esta base, el objetivo del presente trabajo es fundamentar los elementos necesarios para instrumentar el amparo constitucional como una garantía para la defensa de los derechos consagrados en el magno texto cubano, que se analiza desde una perspectiva histórico-doctrinal, lo cual permite argumentar al respecto y, tomando en consideración los antecedentes históricos del constitucionalismo cubano, realizar una propuesta de introducción del amparo constitucional, como proceso especial para la defensa de los derechos en el contexto cubano actual.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL AMPARO Y SUS ENFOQUES TEÓRICOS ACTUALES

El amparo es la garantía de los derechos, esencialmente de los reconocidos en la Carta Magna. Su origen escandinavo ha sido asimilado por varios ordenamientos contemporáneos, en los que ha recibido distintas denominaciones y tratamientos.

El amparo tiene por antecedentes una ley visigoda en Castilla: el fuero juzgo y las leyes castellanas, empezando por las Siete Partidas, por los recursos contra los actos del poder utilizados en la baja Edad Media; hasta arribar al Virreinato de Nueva España, donde se forjó un amparo colonial. Tiempo después, este juicio, con la colaboración de Mariano Otero, se plasmó en el Congreso constituyente, en el Artículo 25 del Acta de reformas de 1847, y se estableció el juicio de amparo a nivel federal, para después plasmarse en la Constitución federal de 1857 y, sesenta años después,

permanece en la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, actualmente vigente.²

El amparo parte de la necesidad de que los países adopten mecanismos de protección de los derechos, haciéndose eco en el derecho internacional, desde 1948, con su presencia en las declaraciones americanas, Artículo XVIII, y en la Declaración universal de los derechos del hombre, Artículo 8, que establecen la necesidad de que los países reconozcan en sus ordenamientos un procedimiento sencillo y breve que ampare a los particulares contra la violación de los derechos fundamentales. En 1966, el Pacto internacional de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos, de manera genérica, se refiere a que los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, y cualquier persona puede interponer un recurso efectivo, según su Artículo 2, fracción tercera.³

Esta expansión hacia el Derecho internacional ha propiciado la creación de sistemas regionales de protección, con tribunales específicos, como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo (Francia) y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (San José, Costa Rica). Estas sedes judiciales supranacionales motivan que, por un sector doctrinal, se reconozca la existencia de un amparo internacional como medio subsidiario para reforzar la protección jurisdiccional. De esto, se advierte que la institución bajo examen tiene una difusión universal, y son muchos los regímenes jurídicos que lo contemplan.

Teniendo en cuenta este importante aporte, podemos refrendar que la experiencia mexicana influyó en todos los países latinoamericanos. En su mayoría, utilizan la denominación de juicio, recurso, proceso o acción de amparo. Otros tres países le otorgan distinta denominación: Brasil (mandado de *segurança*), Colombia (tutela jurídica) y Chile (recurso de protección).⁴

En algunos países, como en Brasil y en Perú, el *habeas corpus* realizó las funciones del amparo, ya que paulatinamente fue expandiendo su ámbito natural de protección, para la tutela de la libertad personal y para el resto de los demás derechos constitucionales, lo que denota la trascendencia de la institución, utilizada por la mayoría de los países con la intención fundamental de la defensa de los derechos recogidos en sus textos fundamentales.⁵

² Horacio Aguilar Álvarez y de Alba: *El amparo contra leyes*, p. 113.

³ Francisco Fernández Segado: «Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del voto particular de Don Mariano Otero», pp. 67 y ss.

⁴ Alan R. Brewer-Carias: *Ensayo de Síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana*, p. 312; y Héctor Fix Zamudio: *El amparo iberoamericano (Estudio de Derecho procesal comparado)*, en *el juicio de amparo*, pp. 220 y ss.

⁵ Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mc-Gregor (coordinadores): *El derecho de amparo en el mundo*.

Diversos y controvertidos son los presupuestos teóricos del amparo, como garantía en sí misma. Se ha explicado cual medio expeditivo para defender cualquier derecho personal contra las restricciones o violaciones ya operadas y las amenazas inminentes; y como un instituto de Derecho público por medio del cual el titular de un derecho, interés legítimo o difuso, amenazado o afectado ilegítimamente, pide al juez competente que lo proteja y haga cesar los efectos de la amenaza o eventual lesión.⁶

El amparo, en sentido amplio, se revela como un conjunto de actos procesales que culminan en la resolución judicial o sentencia, que constituye su causa final común; y, en un sentido estricto, como una potestad que tiene la persona para hacer que se repare en su favor cualquier violación a sus derechos individuales.

De lo anterior, se desprende un rasgo distintivo: el amparo, a los efectos legales y constitucionales, es una garantía, un medio expedito a través del cual se puede reclamar y al cual puede aferrarse el ciudadano, ante la violación de un derecho que se crea quebrantado. Es, también, por tanto, un mecanismo de contención a la administración pública en el ejercicio de sus funciones que merece ser validado constitucionalmente. Es un instrumento real, eficaz y práctico que protege los derechos consagrados en la Carta Magna, constituyéndose en una garantía individual de vital importancia y de necesidad para las personas, en cualquier ordenamiento, que se caracteriza por la ausencia de formalidades en los procedimientos, en tanto, en su tramitación, se aplica el principio de la simplicidad, garantizando la defensa, el debate y la prueba.⁷

El amparo es una garantía eficiente y acabada que protege los derechos constitucionales, de ahí que su mera existencia presupone tranquilidad ciudadana, pese a la existencia del resto de las garantías o recursos existentes, este pudiera catalogarse como un acondicionamiento logístico imprescindible para poder hacer uso de determinada libertad individual, pero necesariamente aseguraría el efectivo disfrute de los derechos constitucionales.

En cuanto a los derechos que tutela, no existe uniformidad de criterio por los diferentes autores ni en la legislación comparada, la jurisprudencia; pues, mientras algunas constituciones, de manera taxativa, generalmente, a través de un catálogo, establecen qué derechos fundamentales son objeto de tutela, otras optan por ampliarlos mediante fórmulas que tutelan los derechos humanos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales.⁸

⁶ Fix Zamudio: *El amparo iberoamericano...*, pp. 220 y ss.

⁷ Vicente José Martínez Pardo: *Principios del amparo*, en www.grupo.emagister.com, [consulta: 3-4-14].

⁸ Fix Zamudio: *El amparo...*, p. 232; y G. Rolla: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, p. 76.

Con una visión u otra, el amparo se ha concebido en un medio judicial extraordinario, especialmente establecido para la protección de los derechos constitucionales, frente a los agravios o amenazas infringidas contra estos por parte de autoridades y de particulares. Tal presupuesto nos conduce, en un momento posterior del estudio, al análisis de esta institución de derecho público que ha convergido como una garantía preponderante entre los ordenamientos jurídicos, en cuanto a defensa de los derechos constitucionales.⁹

Se caracteriza, mayormente, por la presencia de los principios de subsidiaridad y excepcionalidad, en relación con la tutela prestada a tales derechos por los órganos judiciales ordinarios y la eficacia objetiva de su jurisprudencia, debido al especial valor de esta para la fijación de criterios doctrinales útiles, al interpretar y aplicar los derechos fundamentales por los restantes poderes del Estado y, especialmente, por los órganos del poder judicial.¹⁰

Como recurso, el amparo es una garantía procesal añadida para el ciudadano. Si bien cualquier órgano judicial tiene la obligación de hacer cumplir la legislación, cuando se hubiese finalizado la vía judicial ordinaria, y el ciudadano estimase que se han vulnerado sus derechos fundamentales, podrá interponerlo ante el órgano judicial competente. Los que se oponen al criterio de considerarlo un recurso sostienen que este se plantea siempre al interior de un proceso; mientras que el amparo no busca corregir malos procedimientos o realizar una correcta interpretación de las normas vigentes en un proceso o litis, sino que persigue el resguardo de los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, para fortalecer esta posición, se sostiene que los recursos solo proceden contra autoridades, mientras que el amparo procede, también, contra particulares.¹¹

De igual forma, se enfatiza que no es un recurso, pues, esencialmente, supone la existencia de un acto o sentencia que es objeto de impugnación para su revisión y modificación, y el amparo no persigue la revisión de un acto, sino la inmediata restitución de los derechos y garantías constitucionales violados o amenazados de violación por el acto, hecho u omisión proveniente de un órgano del Estado o de un particular.¹²

Aun cuando ha sido indistintamente calificado como acción, recurso o, incluso, derecho, en realidad, en todos los casos, se trata de un proceso constitucional que normalmente concluye con una orden judicial de amparo, protección o tutela de los derechos violados o amenazados de violación.

⁹ Rolla: *Derechos fundamentales...*, p. 76.

¹⁰ M. Carrasco Durán: *El concepto constitucional de recurso de amparo*, p. 12.

¹¹ P. Pérez Tremps: *La reforma del recurso de amparo*, p. 50.

¹² *Idem*.

El amparo se muestra, en los estudios comparados, como acción y como recurso o proceso, según lo acotado, a los efectos de esta investigación que, en su última modalidad, alcanzaría mayor relevancia, ya que puede dar una mayor protección a los derechos, para concretarse en garantía de acceso a los tribunales de justicia, mediante un proceder breve, gratuito y sencillo, a los fines de restablecer los derechos constitucionales que hayan sido vulnerados.

LIMITACIONES LEGALES DEL AMPARO EN CUBA

El asunto de la defensa de los derechos constitucionales se torna complejo en nuestra Constitución, desde su ordenación misma, en tanto asume una formación disgregada, a pesar de que el Capítulo VII está dedicado a los derechos, deberes y garantías fundamentales. En tal sentido, puede pensarse que solo deben considerarse *derechos fundamentales* aquellos que se encuentran entre los artículos 45 y 66, pues el legislador, expresamente, lo ha establecido así, al crear un capítulo con ese título, algo que sería excluyente y discriminatorio para el resto de los derechos reconocidos en la Carta Magna. Sin embargo, la realidad es que el sistema de garantías que esta reconoce es el mismo para todos los derechos, lo cual no quita que este sistema sufra importantes limitaciones, como se explica a continuación.

La Constitución cubana actual, proclamada el 24 de febrero de 1976, reconoció un amplio conjunto de derechos y libertades a los individuos, aunque careció de la llamada cláusula abierta de los derechos, que indica el carácter progresivo de estos y, con ello, la posibilidad de incorporar otros nuevos a la preceptiva constitucional, a diferencia de las constituciones cubanas de 1901 y 1940, que sí la contenían.¹³

No obstante las reformas, no hubo inclusión de garantías jurisdiccionales en el texto, en ninguna de las dos ocasiones. En ese horizonte, en sentido jurídico estricto, el principal problema que posee la Constitución de 1976, con sus reformas en 1992 y 2002, es una carga que arrastra desde su génesis: la falta de mecanismos especiales para la realización más efectiva del catálogo de derechos individuales que establece, lo que apoya la imposibilidad de asegurar, desde el lugar del ciudadano, el cum-

¹³ Artículos 36 de la Constitución de 1901, y 40, último párrafo, de la 1940. *Vid. Constituciones de la República de Cuba*, p. 31-200; y Danelia Cutié Musteliey y Josefina Méndez López: «Derechos y garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal en escritos sobre Derecho procesal constitucional», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Andy Matilla Correa (coordinadores): *Homenaje cubano al profesor Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, pp. 357-358.

plimiento de la ley, más allá de la voluntad del Estado de hacerla cumplir.¹⁴ La ausencia de tales recursos se explica por el entendimiento que, sobre el Estado, heredó esta ley fundamental de «la doctrina victoriosa del marxismo leninismo», como aseguraba su preámbulo. Si el Estado es «de todo el pueblo», resulta superfluo, desde todo punto, la defensa ejercible por acción ciudadana, individual o colectiva, contra la actividad estatal.

Con las reformas constitucionales de 1992 y 2002, se mantuvo intacto el problema consagrado en 1976: el sistema regulaba el acceso *al* poder, pero no los derechos *ante* el poder, los derechos *del* poder ni el control *del* poder.¹⁵ Nuestros legisladores no han revisado el aspecto concerniente a los derechos constitucionales y, mucho menos, han enfatizado sobre los medios y mecanismos necesarios para garantizarlos.

El derecho para reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización, ante daño o perjuicio causado indebidamente por funcionario o agente del Estado, con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, se prevé en el Artículo 26. Se convierte la redacción del precepto en una fórmula para restituir derechos e intereses por hechos ilícitos cometidos por agentes del Estado, y remite a la ley la forma de reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización. En opinión de Prieto Valdés, «dicho derecho podría servir, no solo para introducir la reclamación personal en la esfera de la administración pública, sino también, la defensa de los derechos colectivos, o como expresión de un derecho a la defensa general, habida cuenta del lugar que ocupa este en la sistemática interna de la Constitución».¹⁶

No obstante, se ha interpretado dicho postulado circunscrito a las materias civil y administrativa, entre cuyos exponentes se alza el criterio de Álvarez Tabío, quien le confiere una interpretación restrictiva, al relacionar la letra del mandato constitucional con la regulación del Artículo 658 de la ley ritual, teniendo en cuenta que la Carta Magna nos remite a la legislación ordinaria para reclamar, en estos casos, donde se concreta una limitante a su propia letra, amén de las interpretaciones judiciales en materia civil y laboral;¹⁷ y el de Prieto Valdés, quien, en defensa de la Constitución, advierte que la ley procesal no puede restringir el alcance constitucional, la constitución tiene defectos como toda obra humana, pero, si se eliminan

¹⁴ Julio César Guanche y Julio Antonio Fernández Estrada: «Derechos y garantías en Cuba: fundamentación y propuesta» (ponencia), p. 10.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Martha Prieto Valdés: «Los derechos constitucionales y sus garantías. De nuevo a la carga en pos de su aseguramiento», en Ferrer Mac-Gregor y Matilla Correa (coordinadores): *Op. cit.*, p. 379.

¹⁷ F. Álvarez Tabío: *Comentarios a la Constitución Socialista*, pp. 15-16; y Cutié Mustelie y Méndez López: *Op. cit.*, pp. 358-359.

todas las leyes que la restringen, ya tendríamos resuelto el mayor de los problemas.

A tales efectos, y aun cuando no están directamente referidos a las garantías jurisdiccionales, existen normativas de diferente rango, como decretos leyes, decretos sancionatorios y de confiscación, ante los cuales se queda el ciudadano sin posibilidad de acudir a la vía judicial, lo que, a su vez, restringe el acceso a la justicia, tal como estipula el párrafo final del Artículo 657 del cuerpo de normas en comento. Existen ejemplos variados que lo reafirman en nuestro ordenamiento jurídico.

Otro precepto que debe tomarse en consideración, de acuerdo con lo establecido constitucionalmente, es el Artículo 62, que estipula que «ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo». Convergen en su formulación dos perspectivas: la de ser límite a los derechos y garantía, al pautar el disfrute de todos los derechos que no lo contravengan. En la praxis judicial, importantes y excepcionales decisiones descansan sobre ese fundamento legal. Entonces, no basta con la inclusión de preceptos garantistas en la Constitución, si no se crean los medios y los mecanismos para su aseguramiento.

Otras garantías jurídicas establecidas constitucionalmente se pueden inferir de la lectura del texto, entre ellas: el debido proceso, que engloba, juicio público, derecho a la defensa del acusado, y acceso a la justicia penal, el tribunal imparcial y público.¹⁸

El Artículo 25, referente a la expropiación forzosa, engloba el espectro de garantías, debido a que avala reglas generales que deben seguirse en caso de que se produzcan, como la indemnización y la utilidad pública o interés social; aunque no está facultado el perjudicado para discutir el avalúo de los bienes que, en consecuencia, impide acceder al fondo del asunto.¹⁹

Importante garantía es la queja, que constituye un derecho, a partir del cual se expresan demandas y exigencias de contenido económico, social, axiológico, político y jurídico que se presupone que han sido vulnerados por una actuación determinada —generalmente administrativa— o una dis-

¹⁸ «Artículo 59. Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen. Todo acusado tiene derecho a la defensa. No se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar. Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la ley».

¹⁹ «Artículo 25. Se autoriza la expropiación de bienes, por razones de utilidad pública o interés social y con la debida indemnización. La ley establece el procedimiento para la expropiación y las bases para determinar su utilidad y necesidad, así como la forma de indemnización, considerando los intereses y las necesidades económicas y sociales del expropiado».

posición normativa que, también, usualmente, deviene de la facultad reglada de esta, y que puede contradecir, o no, el mandato constitucional.²⁰ Esta institución, normada en el Artículo 63 de la Constitución, está desprovista de la legislación ordinaria que la instrumente y desarrolle para su uso por los ciudadanos, ante la administración.

Si bien la fiscalía actúa como órgano no jurisdiccional de control de la legalidad, en el proceso penal, o en establecimientos penitenciarios, en la atención de los derechos ciudadanos, está impedida legalmente de debatir el fondo de la cuestión planteada por los ciudadanos, en uso de su derecho de queja. Por tanto, la desventaja de este procedimiento es que la resolución del fiscal no puede interferir en la esfera de atribuciones exclusivas de los órganos y organismos del Estado. A diferencia de las decisiones judiciales, estas no pueden entrar a valorar el fondo del asunto, de acontecer posibles injusticias.

La aplicación directa de la Constitución, al defenderse su supremacía, se convierte en una garantía en sí misma, máxime cuando, con frecuencia, remite a una legislación complementaria que muchas veces no está sancionada.²¹ A favor de esta postura, se alza el criterio de Prieto Valdés, al referir que

la aplicabilidad directa de las Constituciones, es un tema de amplio debate e importancia por su significado para la conservación de la armonía del ordenamiento jurídico, en especial, de la supremacía jerárquica normativa [...], como para la defensa de los postulados constitucionales, a la organización del poder, a las formas de participación ciudadana, o de los derechos y garantías consagrados en el texto.²²

En sede judicial ordinaria, actualmente, se advierte una tendencia a la utilización de la preceptiva constitucional, aplicándola a casos concretos donde no existe una norma de ampliación de sus contenidos, o cuando se presentan antinomias o lagunas, pues los jueces utilizan sus normas para fundamentar sentencias, sobre todo en asuntos laborales, filiatorios, referidos al derecho de propiedad, modificaciones en la identidad sexual²³

²⁰ Irina Colina Ortega y Lissette Pérez Hernández: «La queja como control constitucional de los derechos y garantías fundamentales en Cuba», en Ferrer Mac-Gregor y Matilla Correa, *op. cit.*, p. 392.

²¹ V. *gr*: cuestiones como la ciudadanía, regulada en el Capítulo II, artículos 28 al 33; el derecho a la libertad de prensa y de queja, previstos en el Capítulo VII, «Derechos, deberes y garantías fundamentales». Los artículos 53 y 63 no poseen un desarrollo particular en la legislación ordinaria, aun con la remisión expresa del texto constitucional a la ley que la regula.

²² *Vid.* Martha Prieto Valdés: «En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 31, 2008, p. 45.

²³ En esta materia, por novedosa, vale mencionar, como ejemplos: Sentencia No. 1 (Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, TPP de Ciudad de La Habana, Expediente No. 128/96, proceso ordinario sobre ejercicio del derecho a la libre determinación de

y, también, en la materia penal. en el tema del acceso a la justicia, por ejemplo. Téngase en cuenta que ningún precepto constitucional o legal limita esta práctica, aún poco consolidada entre los jueces.²⁴ En favor de esta tesis, ha opinado Ferrari Yaunner:

La aplicación directa de esta disposición normativa suprema, pudiera servir —asimismo— para suplir la falta de pronunciamiento específico sobre un tema en el resto del ordenamiento jurídico, bien porque las normas que debieran regular la materia se encuentren en proceso de elaboración, se ha incumplido un mandato constitucional expreso, o sencillamente porque, debido a cualquier causa —ajena o no a los órganos encargados de crear disposiciones normativas—, se ha generado una laguna de la ley.²⁵

Este criterio tiene aun mayor valor instrumental, si tenemos en cuenta que, en la Constitución cubana, no se prescribe expresamente un mecanismo jurisdiccional garantista para la defensa de los derechos en ella consagrados.

En Cuba, no existe una vía judicial especial para la defensa de los derechos consagrados en la Constitución, como tampoco hay jurisdicción estrictamente constitucional, ya sea una sala del Tribunal Supremo Popular o un tribunal independiente. Los mecanismos destinados a la tuición de los derechos constitucionales son fragmentarios y desprovistos de una sistemática adecuada, disgregados entre la normativa ordinaria y la constitucional, sin lograr un balance efectivo en su aplicación, sobre todo referido a las garantías jurisdiccionales destinadas a la defensa de los derechos constitucionales.

Actualmente, a los tribunales les han quedado reservadas únicamente las cuestiones de legalidad, al reducir el subsistema de garantías jurisdiccionales a las llamadas garantías generales o medios procesales ordinarios, o sea, los procedimientos ordinarios o comunes, civiles, penales, laborales, administrativos y económicos, a través de los cuales se protegen los derechos. En muchas ocasiones, estas materias no complementan, de manera eficaz, la defensa de estos derechos y, en consecuencia, las personas, al utilizar los mecanismos jurisdiccionales de impugnación de resoluciones judiciales (apelación, casación y procedimiento extraordinario de revisión), tampoco pueden argumentar cuestiones de constitucionalidad como causa de impugnación, porque están limitados por la propia norma o

la sexualidad); Sentencia No. 110 (Sección de lo Civil, TMP de San Miguel del Padrón, 28 de febrero de 2002, Expediente No. 31/01, proceso ordinario sobre estado Civil), criterio refrendado por este último fuero en la sentencia con igual data que resolviera el expediente No. 1105/2009, comentadas en Samuel Morales Castro, *Transexualidad y reasignación de sexo. Reflexiones sobre la jurisprudencia cubana* (inédito).

²⁴ Majela Ferrari Yaunner: «Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba» (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2010, inédita), pp. 47-48.

²⁵ *Idem*.

por cuestiones fácticas e intereses de Estado. Definitivamente, la actuación de los individuos está coartada en cuanto al ámbito de protección de los derechos constitucionales.

Sobre esta base general, vale concentrar el análisis en la legislación ordinaria cubana actual que, aunque no es el centro de atención de este estudio, resulta oportuno utilizar sus limitaciones actuales como punto de partida para una propuesta destinada a redimensionarlo.

En la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), aparece preceptuado, primero, el amparo en las actuaciones judiciales (artículos del 393 al 400); segundo, el amparo contra actos provenientes de particulares o de autoridades u órganos administrativos (401-414) y, por último, la suspensión de obra nueva (415-424).²⁶

El amparo en las actuaciones judiciales está destinado a proteger a quienes no figuren como parte, ni se les haya oído en disposición dictada en actuaciones judiciales, siendo despojado en la posesión de sus bienes; el amparo contra actos provenientes de particulares o de autoridades u órganos administrativos, destinado a casos de despojos de la posesión o tenencia fuera de las actuaciones judiciales; y, con semejante rasero, el legislador reguló la suspensión de obra nueva, que protege al que se encuentre perjudicado en el legítimo uso y disfrute de la posesión de un bien inmueble.

Como denominador común y positivo, se trata de procesos en los que imperan la brevedad, la sencillez y la ejecución inmediata, ya que tienen por finalidad solucionar, de manera provisional, situaciones apremiantes. Sin embargo, la protección que brinda es muy limitada, pues, a diferencia de otros casos referidos en la legislación foránea, este efectivo mecanismo, en el caso cubano, quedó restringido solo a la posesión y, de ahí, su limitación.

Por tanto, en la actualidad, su cometido mayormente es civilista y administrativo, y se excluye de su aplicación la materia de los derechos constitucionales, algo que resulta contradictorio con la voluntad manifiesta del legislador, cuando, en el Artículo 4, inciso c) —Ley 82/1997, «De los tribunales populares»— advierte que la actividad de estos tiene, entre sus principales objetivos, «[...] amparar la vida, la libertad, la dignidad, las relaciones familiares, el honor, el patrimonio y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos».

Instrumentación del amparo como garantía de derechos constitucionales

Las propuestas formuladas en este estudio descansan sobre la posibles reformas constitucionales y, también, en la estructura de nuestros tribunales

²⁶ Ley No. 7/1977, «De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 34, 20 de agosto de 1977, modificada por el Decreto-Ley No. 241, de 27 de septiembre de 2006, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 2006.

y salas, a tenor del principio establecido en el Artículo 8 de la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, del cual nuestro país es signatario: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampara contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por la ley.²⁷

Considero que, para el logro de lo pretendido, insoslayablemente, necesitamos partir del principio de supremacía constitucional, el cual debe implicar mecanismos efectivos y concretos de defensa de nuestros derechos constitucionales, que coadyuven a su seguridad y garantía, mediante procedimientos que, desprovistos de formalismo, faciliten el acceso a la justicia con celeridad, y propicien la mediación y conciliación, en consonancia con los métodos actuales de solución de conflictos, que permiten el acercamiento al tribunal de los justiciables.

La inserción del amparo que se propone no va contra el Estado directamente, sino contra el funcionario que abuse del poder, la medida que es restrictiva del derecho o la normativa que, nacida de circunstancias disímiles, limite los derechos constitucionales, lo que coadyuvará a reforzar el espectro de garantías jurisdiccionales ordinarias.

Para su implementación, se requiere de un proceso judicial concentrado en una Sala Constitucional, cuya misión primordial es garantizar la defensa de los derechos reconocidos en la Constitución de la República de Cuba, sin distinción de clasificaciones en cuanto a su regulación, con la esencial intención de propiciar seguridad a la ciudadanía en el ejercicio y disfrute de sus derechos. Uniformar esta defensa, en sede judicial, no sería solo en relación con las materias, civil, administrativa, penal, laboral y económica, sino, también, en cuanto al proceder y su tramitación, perfeccionando, a través de este mecanismo, el subsistema de garantías jurisdiccionales en Cuba.

Sobre esta base, pueden seguirse tres variantes para la introducción del amparo constitucional:

La primera, un proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales y de los que puedan consagrarse en un futuro en el texto, dejando la cláusula abierta. Esto requiere una reforma para atribuirle rango constitucional al amparo, y modificar la Ley No. 82/1997, «De los tribunales populares», mediante la creación de una Sala Constitucional en el seno del Tribunal Supremo Popular, competente para conocer al respecto.

Otra variante es dictar una ley especial para el amparo, lo que permitiría definir con mayor amplitud quiénes son los sujetos legitimados para reclamar, términos de la reclamación y efectos de la sentencia. En todo caso, podría la sala poner en conocimiento de quien corresponda

²⁷ Declaración universal de los derechos humanos, en www.cervantesvirtual.com [consulta: 14-9-14].

(v. gr. Asamblea Nacional del Poder Popular, Fiscalía General de la República), la inconstitucionalidad de las normas, bien en su totalidad o parcialmente.

Otra alternativa descansaría en la formulación del amparo constitucional en sede ordinaria, ante tribunal provincial, como primera instancia, para la defensa de los derechos constitucionales, provista de recurso de casación ante la Sala Especial que radicaría en el Tribunal Supremo Popular, lo cual implicaría solo un cambio en su estructura, pues este continuaría siendo la máxima autoridad judicial, conforme al Artículo 120 de la Constitución. Tanto una como otra, una vez que resuelva el caso concreto mediante el amparo, en caso de apreciar inconstitucionalidad en las normas, estará en condiciones de comunicarlo a la autoridad competente para solucionarlo en las normas.

La siguiente variante descansaría en la creación de la Sala Especial en sede ordinaria, con la necesaria modificación de la Ley No. 82/1997 y la LPCALE, y el diseño de un amparo general con características semejantes a las que posee el amparo en las actuaciones judiciales, prescrito en la ley adjetiva mencionada, según su Artículo 393 y subsiguientes. Este proceso se ventilaría ante tribunal provincial, y permitiría alcanzar una celeridad en el ejercicio de la justicia, con sus ulteriores recursos, tal como está previsto en la ley ritual.

Según las propuestas consignadas, el amparo sería un proceso especial con efectos para el caso concreto, cuyos efectos generales, si los tuviera, serían indirectos, pues dependen de otra autoridad pública. Además, estaría sustentado en el principio de simplicidad de las actuaciones, sería subsidiario en el sentido de que protege los derechos que no encuentran acceso en la justicia para su defensa, dígase la vía judicial ordinaria, reservada en la legislación cubana para actos administrativos que lesionen derechos preestablecidos, al dictarse disposiciones por las dependencias del sistema de la vivienda, aduana, o la administración tributaria; y, con esto, reconocemos el hecho de que en nuestra legislación existen algunas vías, aunque exiguas y limitadas para la defensa de estos derechos.

A modo de corolario, baste decir que la inserción de algunas de estas propuestas en el ordenamiento jurídico cubano se traduciría en completamiento de las garantías jurisdiccionales existentes para la defensa de los derechos constitucionales patrios, en consonancia con nuestros antecedentes históricos, como una forma de salvaguardarlos y de optimizar su disfrute individual y colectivo. A tales efectos, se erige el amparo como el mecanismo de defensa de los derechos constitucionales, que vendría a perfeccionar el subsistema de garantías existente en el contexto cubano actual.

CONCLUSIONES

1. Los derechos constitucionales requieren de mecanismos efectivos que aseguren su realización y defensa, y ocupen un lugar trascendental las de tipo jurisdiccional. En Cuba, este tipo de garantías se refuerzan con la promulgación de la Constitución de 1940, pero, en el período revolucionario, se suprimen, criterio que permaneció en la Carta Magna de 1976, la que no previó garantías jurisdiccionales especiales para estos derechos.
2. De acuerdo con esta propuesta, resulta coherente con el diseño constitucional socialista cubano instrumentar el proceso de amparo como garantía jurisdiccional especial que tributaría al bienestar individual y colectivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Álvarez y de Alba, Horacio: *El amparo contra leyes*, Editorial Trillas, México, 1990.
- Álvarez Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.
- Brewer-Carias, Alan R.: *Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana*, Bogotá, 2008.
- Carrasco Durán, M.: *El concepto constitucional de recurso de amparo*, en *REDC*, no. 15, septiembre-diciembre de 2002.
- Colina Ortega, Irina y Lissette Pérez Hernández: «La queja como control constitucional de los derechos y garantías fundamentales en Cuba», en Ferrer Mac-Gregor y Matilla Correa (coordinadores), *Homenaje cubano al profesor Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Unijuris, México, 2012.
- Constituciones de la República de Cuba*, Academia de la Historia de Cuba, Artes Gráficas, S.A, La Habana, 1952.
- Cutié Mustelier, Danelia y Josefina Méndez López: «Derechos y garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal en escritos sobre Derecho procesal constitucional», en Ferrer Mac-Gregor y Matilla Correa (coordinadores): *Homenaje cubano al profesor Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Unijuris, México, 2012.
- Fernández Segado, Francisco: *Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX*, Editorial Porrúa, México D. F., 2006.
- Ferrari Yaunner, Majela: «Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba» (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), Facultad de Derecho, Universidad de La Habana (inédita).

- Fix Zamudio, Héctor: *El amparo iberoamericano (Estudio de Derecho procesal comparado) en el juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 1964.
- Fix Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mc-Gregor (coordinadores): *El derecho de amparo en el mundo*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- Guanche, Julio César y Julio Antonio Fernández: «Derechos y garantías en Cuba: fundamentación y propuesta» (ponencia), SELA, 2013.
- Martínez Pardo, Vicente José: «Principios del amparo», en *www.grupo.emagister.com* [consulta: 3-4-14].
- Morales Castro, Samuel: *Transexualidad y reasignación de sexo. Reflexiones sobre la jurisprudencia cubana* (inédito).
- Pérez Tremps, P.: *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Prieto Valdés, M.: «En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 31, La Habana. 2008.
- _____ : «Los derechos constitucionales y sus garantías. De nuevo a la carga en pos de su aseguramiento», en Ferrer Mac-Gregor y Matilla Correa (coordinadores): *Homenaje cubano al profesor Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Unijuris, México, 2012.
- Rolla, G.: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México D. F. [s.a.].

LA ACTUACIÓN JUDICIAL DE CARA A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

*M.Sc. Edel González Jiménez¹
presidente, TPP de Villa Clara*

EL PRESENTE ARTÍCULO sintetiza los principales resultados de una investigación científica, cuyo objetivo fue adentrarnos en el papel que pueden desempeñar los jueces en el control de la constitucionalidad en los asuntos que resuelven, y demostrar que, en el ordenamiento jurídico cubano, existen mecanismos y presupuestos legales que permiten, en la actualidad, ejercer el control de constitucionalidad en sede judicial, en consonancia con el vigente modelo.

Al modelo cubano constitucional, se le señalan como desventajas la ausencia de una defensa de la constitucionalidad de las leyes y actos en sede judicial, posición que se fundamenta en la carencia de una Sala Constitucional adjunta, subordinada, o no, al Tribunal supremo Popular (TSP) o a otro órgano paralelo al máximo foro de justicia. Por otra parte, se alude a la falta de un procedimiento para la presentación y declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas y otros actos que la laceran, al considerarse que las facultades otorgadas a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) no logran resolver, de manera oportuna, eficiente y eficaz, las controversias surgidas con el espíritu de la ley fundamental.

La investigación realizada parte de la idea de que el sistema judicial cubano no está excluido del control de la constitucionalidad de los actos y leyes, y que existen condiciones mínimas, en el ordenamiento jurídico vigente, para que, de alguna manera, se produzca una justicia constitucional más resuelta, que contribuya a evitar infracciones que se producen en la práctica judicial que generan descontento popular y, con ello, el deterioro gradual de la imagen de la Dirección del Estado y del papel de los tribunales populares, en su misión de impartir justicia, en tiempos en que se hace imprescindible la institucionalidad del país.

La Ley No. 1250, relativa a la organización del Sistema de Tribunales Populares (STP), de 23 junio de 1973,² eliminó el modelo expreso de control jurisdiccional de constitucionalidad, al no atribuir, a ninguna de las nue-

¹ Tutora: Dra. Mirtha Arely del Río Hernández.

² «Ley No. 1250, “De la organización del Sistema de Tribunales Populares”», en *Gaceta Oficial de la República*, 23 de junio de 1973.

vas estructuras, la *competencia formal* para ejercer tal actividad.³ A partir de la Constitución de 1976, la decisión de la *declaración expresa*⁴ de constitucionalidad sobre las disposiciones jurídicas corresponde a la ANPP, y está muy extendido el criterio de que la falta de una normativa ordinaria que desarrolle los preceptos constitucionales relativos al control posterior de constitucionalidad limita su adecuada instrumentación.

A favor de esta tesis, se plantea que los tribunales cubanos no participan en el control de constitucionalidad de las leyes, como resultado de procedimientos de defensa de derechos ciudadanos, ni por recursos de inconstitucionalidad, y se olvidan sus expositores de que los órganos judiciales están en la obligación de velar por el cumplimiento de la Constitución y las demás disposiciones legales, no solo en virtud de un mandato constitucional,⁵ sino de aquel que descansa en la normativa orgánica que define al actual complejo sistema de órganos integrados que desarrollan la función de impartir justicia en nuestra sociedad.⁶

A partir de la citada exigencia, es posible enunciar un grupo de razones técnico-legislativas de rango constitucional que permiten afirmar, desde el plano de la interpretación, que los jueces se encuentran legitimados para ejercer una especial manera de defensa judicial de los postulados contenidos en la ley fundamental:

La función de impartir justicia dimana del pueblo. Si la función que ejercen los tribunales dimana del pueblo, este lo ha hecho para que aquellos actúen ante cualquier desviación constitucional, con total apego al respeto del ordenamiento jurídico, piramidalmente establecido, desde su peculiar posición.

Mediante su Consejo de Gobierno imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y

³ Yumil Rodríguez Fernández: «El control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Propuestas para su perfeccionamiento en Cuba», p. 144.

⁴ Se colocan en cursivas las categorías *competencia formal* y *declaración expresa*, habida cuenta de que son conceptos teóricos que se quedan en la entelequia y la discusión técnica sobre la atribución legislativa del control y la responsabilidad clara de la declaración de inconstitucionalidad, aunque la Constitución de 1976 no vetó al sistema judicial en tal particularidad; sobre todo en materia de defensa de los actos que infringen su postulado esencial.

⁵ Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976. Artículo 10: «Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista, y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad.

⁶ Ley No. 82, «De los tribunales populares». Artículo 5: «Los tribunales están en la obligación de cumplir la Constitución, las demás disposiciones legales, y las instrucciones de carácter general provenientes del Consejo de Estado, que reciban por conducto del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular [CGTSP]. Por su parte, el Artículo 6 define que los tribunales deben poner en conocimiento de la Fiscalía las infracciones de la ley que adviertan, durante la tramitación o examen de los procesos y actos judiciales, a fin de que aquella actúe para que se restablezca la legalidad».

aplicación de la ley. Cuando el CGTSP materializa ciertas facultades de iniciativa legislativa, está ejerciendo, a su vez, el control constitucional. Esto se observa cuando se produce una adecuación de la legislación sustantiva y procesal vigente, pues, mediante sus disposiciones, se uniforma la impartición de justicia, acorde con el momento histórico y, siempre, en respeto de los postulados y normas de la Constitución.

En la función de impartir justicia, los jueces no deben obediencia más que a la ley. Esto reafirma el principio de independencia funcional; ahora bien, ¿a qué ley? A la Constitución; al resto de las disposiciones que, legítima y coherentemente, se dicten; y a cualquier acto que se derive de estas y que no guarden un orden o sentido inconstitucional.

Dictaminar acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes, decretos y demás disposiciones generales; y solicitar al órgano superior la interpretación general y obligatoria de una ley vigente. Estas facultades, en el plano formal, son ejercidas por el CGTSP. Tanto en una como en otra, es bien conocida la implicación, materialmente directa, que tienen los integrantes profesionales de la estructura judicial, por medio de la consulta oportuna, lo que dota al proceso de una mayor participación e inclusión.⁷

¿TRIBUNAL O SALA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES?

Investigadores cubanos de las ciencias jurídicas han desarrollado estudios con propuestas de instauración de una institución con funciones similares al antiguo tribunal devenido Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, cuestión que bien pudiera valorarse en el futuro, sobre todo, luego de la fase actual de experimentación de cambios necesarios en el modelo económico y estructural de la nación, situación que nos mueve a hurgar y declarar, finalmente, la actuación de los tribunales en el marco del modelo actual.

En entrevista a Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, y a funcionarios del Consejo de Estado, los días 8 y 9 de noviembre de 2013 —respecto a la necesidad de la instauración de un sistema de control judicial de constitucionalidad y la caracterización del modelo actual en sede judicial—, coincidieron en que, primero, habría que debatir los argumentos de los estudiosos y oponentes de su restauración; luego, transparentar su objetiva necesidad, a fin de preparar las condiciones para su proposición en una Cuba más avanzada en materia de institucionalización, segura de un diseño social y económico que la conduzca hacia un desarrollo sostenible,

⁷ Hasta hoy, no se conocen consultas formuladas, desde la denuncia de la inconstitucionalidad —cuestión en la que pueden influir múltiples factores—, lo que no quiere decir que esté vedada tal posibilidad; y que, en adelante, en tiempos de reformas legislativas, el asunto vuelva a ser de destacado interés.

sustentada en los principios del socialismo; pero no en el contexto de los riesgos actuales que supone el perfeccionamiento.

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La inconstitucionalidad es la inexistencia de nexo coherente entre Constitución y demás actos, normativos o no, en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, que integra, también, al conjunto de principios y valores que se reconocen como positivos.

El control constitucional de la ley es previo, cuando implica el trabajo de revisión de las normas ordinarias, anterior a su promulgación, o cuando tiene el tratamiento de proyecto, tarea que, en el caso de Cuba, la ejecuta el órgano superior de poder: la ANPP o el Consejo de Estado, entre períodos de sesiones, para su futura validación.

Por control posterior, se entiende el que se practica sobre la ley, el resto de las disposiciones jurídicas o actos en movimiento, cuya formulación no aparece claramente definida en nuestra Constitución, ni en normativa vigente alguna.⁸

Jurisdicción constitucional, según Blume Fortini, es la que juzga y tiene como función asegurar la constitucionalidad en la actividad de las diversas funciones del Estado.⁹ Constituye la vía idónea para garantizar los límites de las funciones estatales, esencialmente administrativas, y el respeto a los derechos ciudadanos.

En el caso del modelo actual cubano, hay que recurrir al complejo proceso de interpretación e integración jurídica de las normas, que den pie a su legitimación, a fin de que se asegure el objetivo de hacer valer la primacía constitucional, se impida la violación de los derechos ciudadanos, y se consiga el valor de justicia que refrenda la Constitución.

Considero que, por las limitaciones que tienen hoy los tribunales de pronunciar una abierta inconstitucionalidad, primariamente, debe resolverse,

⁸ Respecto a las cuestiones de inconstitucionalidad posterior, es interesante conocer que el 5 de agosto de 1982, se promulgó el Reglamento de la ANPP, cuyo Artículo 79 aceptó la posibilidad de plantearse cuestiones de inconstitucionalidad, solo que en una fórmula inacabada, que esperaba mucho más del desarrollo y la aprobación de una ley dedicada a la especialidad, que nunca llegó. No obstante, en la disposición transitoria única, se formuló el procedimiento a seguir, ante el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad contra leyes, decretos leyes, decretos y demás disposiciones generales, no así contra actos. En este texto, se encuentran definidos, claramente, los sujetos con legitimación para su presentación, siempre ante la ANPP, aunque se excluía de tal posibilidad al ciudadano individual que fuera objeto de alguna lesividad. De plano, el sistema judicial quedó limitadamente, con la posibilidad de la presentación de la acción, pero no con la de resolver la transgresión de la constitucionalidad.

⁹ E. Blume Fortini: «La reforma del Tribunal Constitucional peruano. Tribunales y justicia constitucional», p. 39.

en sede ordinaria judicial, su inaplicabilidad o represión; y, de repetirse la cuestión en casos similares, elevarla al máximo órgano de poder o al Consejo de Estado, para su extendida e ilimitada determinación, por medio del CGTSP.

La exclusión del sistema judicial cubano, en la tarea previa, no lo releva de la que sí debe acometer en la etapa posterior, durante su aplicación, consecuente contra actos de la administración, o de otra naturaleza, que se dirijan contra la Constitución.

LA ACTUACIÓN PECULIAR EN SEDE JUDICIAL: EFECTOS Y EFICACIA

Por control judicial de la Constitución, en Cuba, entendemos no solo su aplicación directa ante supuestos de inconstitucionalidad; implica, también, el empleo de la facultad reglamentaria que le otorga la Carta Magna al CGTSP, para la interpretación y unificación del Derecho, además de adecuar, en caso necesario, la norma jurídica a la realidad, a través de los instrumentos con que cuenta; también, cuantos esfuerzos realice, desde sus facultades, como los dictámenes que elabora, a partir de consultas sobre constitucionalidad; y las denuncias que remite a la fiscalía, sobre supuestos de quebrantamiento de la legalidad, muchos de los cuales subvierten a la Constitución.

De manera que es válido lo expresado por profesores y autores cubanos, como Rodríguez Fernández:

El que no haya en los tribunales una jurisdicción especial en materia constitucional, como es común en buena parte de los países latinoamericanos y europeos que siguen el constitucionalismo romano-francés, no significa que esos órganos, específicamente el Tribunal Supremo Popular, en el marco de la sustanciación de los procesos judiciales, no puedan pronunciarse respecto a la presencia o no de una infracción de la Constitución y aplicarla e invocarla directamente para resolver los conflictos o litigios que se le presenten. Esto en modo alguno no representaría declarar la inconstitucionalidad de la norma, pues sólo tendría efecto entre las partes del proceso, y posibilitaría a los tribunales defender la Constitución durante la tramitación de los asuntos a su cargo, y cumplir con el principio de que los jueces, en su función de impartir justicia, sólo deben obediencia a la ley.¹⁰

La posibilidad de defender la Constitución, no solo debe quedar —conforme refiere este autor— en manos del TSP y, como acertadamente expresa Pérez Martínez, en su estudio sobre la aplicación directa de la

¹⁰ Yumil Rodríguez Fernández: *Op. cit.*, p. 165.

Constitución: el juez —compelido a solucionar el litigio ante él presentado— puede optar por no aplicar la norma inferior, al considerarla contraria a la preceptiva constitucional. En ese caso hipotético, no concurre una declaración expresa de inconstitucionalidad, pero el funcionario público esquivo la norma lesionadora de la armonía del ordenamiento jurídico, y decide apelar a la de mayor legitimidad.¹¹

Los actos también son objeto de revisión desde esta dimensión, siendo responsabilidad de los juristas encontrar el camino adecuado para no dejar paso libre a la impunidad o al sobre-poder.

Tampoco los órganos colegiados de dirección de los tribunales provinciales, por medio de la llamada consulta colegiada, concedores de supuestos de inconstitucionalidad a través de la resolución cotidiana de los procesos, alertan ni procuran la intervención del TSP para que se pronuncie sobre la cuestión, órgano supremo del Sistema que podría, al menos, analizar de forma expresa las cuestiones de constitucionalidad contenidas en las decisiones de los tribunales inferiores y revisar incluso las infracciones que por los mismos jueces se cometan en esta especialidad.

Al reiterarse los supuestos, el presidente del TSP, cuando rinda cuenta de la gestión del STP, podrá informar del resultado obtenido en la impartición de justicia, y transparentar, ante los legisladores, las contradicciones trascendentales advertidas en materia constitucional, los perjuicios ocasionados a la población e incentivarlos a su pronta solución, práctica que no se ha realizado hasta la actualidad. Esta acción del presidente del TSP, en ocasiones, no podrá esperar el momento señalado, en atención a la recurrente violación de la Constitución y las graves consecuencias que trae consigo la vigencia del derecho o actuación controvertida en contra del interés popular.

El objeto principal de tal acción de alerta —que se fundamenta en los supuestos de constitucionalidad— es que el órgano legislativo (o el Consejo de Estado, entre períodos de sesiones), según sea la naturaleza de la infracción y del derecho objeto de cuestionamiento constitucional,¹² examine el caso, se pronuncie al respecto y decida la invalidez, o no, del derecho o la actuación.

De no reconocerse la inconstitucionalidad, estos órganos superiores deben impartir instrucciones al sistema judicial, sobre cómo se ha de proceder, en lo adelante, uniformar la impartición de justicia al respecto, a

¹¹ Yuri Pérez Martínez: «Juez y Constitución; díptico necesario en la Cuba del siglo xx».

¹² Estas consideraciones constituyen el resultado de la sistematización de ideas dadas por nueve encuestados acerca del tema. En materia de capacitación técnica, la generalidad reconoció ser más acuciosa en el estudio de la materia constitucional, por ser esta la que rige, en principio, todo el sistema de actuación. Se reconoció que, en la cotidianidad, se advierten derechos y actos inconstitucionales que no encuentran un reproche claro en sede judicial, y necesitan los aportes de un sistema de investigación.

partir de la aceptación consciente que de ello se derive, y materializar así el principio de subordinación jerárquica que ordena la Constitución.¹³

En materia de legitimación, la legislación actual no contiene preceptos referentes a los sujetos con derecho a plantear una acción directa de inconstitucionalidad, tampoco está regulado *contrario sensu* que, en las diversas oportunidades procesales que brindan nuestros procedimientos a las partes, puedan presentarse, circunstancialmente, alegaciones de inconstitucionalidad, como motivos claros de producción de lesiones y perjuicios y, por ende, corresponda la aplicación directa de normas, valores y principios rectores contenidos en la Constitución.¹⁴ El yerro sería pedir la declaración formal de inconstitucionalidad con los efectos derogativos expresos que ello traería, pues, como se ha explicado, tal particular queda fuera del alcance del tribunal.

La actuación de los jueces no puede conocer hipotéticas situaciones de infracción fuera del marco ordinario-procesal, sino dentro de los límites del proceso de cualquier materia, al que tiene que dar obligada solución. Como no existe un tribunal especializado en la materia, la cuestión de constitucionalidad no puede resolverse como una razón incidentalmente previa, sino junto con el fondo de la situación declarada en la resolución final y vinculada a esta como requisito esencial.

EL MODELO DE JUEZ CUBANO Y SU VOCACIÓN CONSTITUCIONAL

El juez no puede desarrollar la actividad judicial (impartir justicia) sin límites competenciales y de procedimiento alejados de los intereses políticos que han decidido su designación o elección, y regulado su conformación como órganos de poder del Estado, a cuya clase, ideológica y políticamente dominante, le deben conscientemente servir.

Un Estado constitucional de derecho, como el nuestro, en su documento político-jurídico fundamental, recoge el grupo de normas, valores

¹³ Si el derecho controvertido nació del concurso de la ANPP, o fue ratificada por esta, en ocasión de dictarse por el Consejo de Estado, corresponde su examen y valoración al único órgano de poder admitido en Cuba. Este derecho controvertido coincidirá siempre con la ley y el decreto ley. El resto de las disposiciones jurídicas dictadas podrán someterse al examen del Consejo de Estado, entre períodos de sesiones de la ANPP.

¹⁴ Comoquiera que sea, de no aceptarse la pretensión contenida en la llamada acción de alerta de constitucionalidad, los efectos de inaplicabilidad del derecho controvertido se materializan a la hora de resolverse el caso y, en dependencia de su estado procesal, podrán adoptarse decisiones que impliquen, incluso, el procedimiento de revisión, cuando las instrucciones indiquen volver atrás, en supuestos graves de equivocación, razones suficientes para que, conforme a lo establecido en el STP, desarrollen el proceso previo de colegiación efectiva, en pos de asegurar la mayor certeza en la decisión.

y principios que van a regir el destino de los órganos de poder y, por ende, el de sus funcionarios. Particularmente importante es la actividad judicial sobre la que pende el encargo de velar por los postulados constitucionales, lo que se puede traducir en un compromiso trascendental de protección de la Constitución, superior, incluso, al resto de los funcionarios públicos, a quienes por misión, en ocasiones, deben juzgar, si son sometidos a determinado tribunal de la nación.

Cuando se estudia la esencia de estos principios, la construcción teórica que los erige y sus efectos generales confirmatorios, no cabe duda de que obligan a los jueces a proteger, ineludiblemente, su Constitución, aun cuando, en el supuesto caso de omisión legislativa por el constituyente, no lo haya legitimado, expresamente, en la ley.

Nuestro modelo de juez¹⁵ se soporta en el ejercicio de la jurisdicción, está sujeto al imperio de la ley. Su concepción jurídica básica está contenida en la Constitución y tiene, como pilares fundamentales, los principios de independencia judicial, unidad de la jurisdicción, integración colegiada de los órganos judiciales, participación popular en la administración e impartición de justicia y carácter electivo, inamovible, responsable y revocable de los jueces, fundamentado en la subjetividad de estos al asumir la esencia de su misión como un servicio a la sociedad, cuyo cumplimiento cabal requiere también, ante todo, de un profundo sentido de justicia, por lo que cada acto y decisión judicial debe caracterizarse, además de su incuestionable sustento legal, por la transparencia, sensatez y ponderación que entrañe, como garantía, que ninguna decisión absurda e irracional debe ampararse en una justificación legal, lo cual conlleva a su formación y desarrollo profesional continuo, en temas de Derecho procesal y sustantivo, en aquellos vinculados con el afianzamiento de la ética judicial en el desempeño, y los relacionados con temas informativos de interés territorial, nacional e internacional, en el entendido de que, en la raíz de todo proceso judicial, existe siempre un conflicto de intereses que tiene su génesis en el ámbito de las relaciones humanas y sociales.

A la hora de impartir justicia, los jueces cubanos tenemos independencia funcional, solo subordinados a la ley¹⁶ y, en este sentido, vale recordar lo dicho por José Martí:

¹⁵ Vid. Rubén Remigio Ferro: «Justicia con rostro más humano», pp. 3-6.

¹⁶ En relación con el significado del término *ley*, son muy esclarecedoras las palabras de Pérez Martínez, quien refirió: «En derredor a este precepto pueden suscitarse dos interpretaciones, encauzadas a desentrañar qué entender por ley, máxime cuando el propio “constituyente” utiliza de forma ambigua en varios espacios del texto el término. Por una parte, se puede asumir el vocablo, en sentido formal, como producto normativo de la Asamblea Nacional del Poder Popular, único órgano con potestad legislativa de la República; de otra, se puede atribuir a la expresión, el significado de ley en sentido material donde se comprende, no solo la norma por sí sola considerada, sino el orden jurídico como sistema. Ante tal disyuntiva, considero que debe prevalecer la noción ma-

Es verdad que los jueces tienen el deber de apegarse a la ley, pero no apegarse servilmente, porque entonces no serían jueces, sino siervos. No se les sienta en ese puesto para maniatar su inteligencia, sino para que obren, justa, pero libre. Tienen el deber de oír el precepto legal, pero también tienen el poder de interpretarlo. Y una de las formas de la interpretación es —¿Quién lo duda, si esto es elemental?—: la acomodación de la ley anticuada al tiempo presente.¹⁷

CONCLUSIONES

1. Con la Constitución Socialista de 1976, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes se concentró en la ANPP, sin que se vetara la posibilidad de los tribunales populares de resolver asuntos con arreglo a la Constitución, ante supuestos de inconstitucionalidad.
2. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes y actos en Cuba no solo debe ser entendida como la aplicación directa de los preceptos constitucionales, ante supuestos de inconstitucionalidad, sino, también, el uso de la facultad reglamentaria que otorga la Carta Magna al CGTSP, para la interpretación constitucional de las disposiciones jurídicas y actos que la vulneran; los dictámenes que elabora sobre constitucionalidad; las denuncias que remite a la Fiscalía, acerca de supuestos de quebrantamiento de la legalidad que subviertan a la Constitución; y la acción de alerta constitucional que presente el presidente del TSP ante los órganos superiores de poder.
3. En el ordenamiento jurídico cubano, existen mecanismos y presupuestos legales que permiten, en sede judicial, asumir la defensa de la Constitución, como es la facultad del CGTSP para impartir instrucciones de carácter obligatorio, establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley, dictaminar acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes, decretos y demás disposiciones generales, y solicitar al órgano superior la interpretación general y obligatoria de una ley vigente.
4. A falta de acciones, procedimientos y mecanismos especiales para el control judicial de la Constitución, existe la posibilidad de razonar e interesar, en el seno de los procesos judiciales, la inaplicación de un de-

terial, pues es más coherente con nuestro diseño político-constitucional y con la propia legalidad socialista que en él se consagra. Razón por la cual, asumimos que la supe-
ditación del juez a la ley, debe extenderse al ordenamiento jurídico en su integralidad, con unidad interna y externa. En esa armonía del sistema jurídico, desempeña un papel fundamental la Constitución, pues se levanta como fuente jurídica de más alta jerarquía, a la cual todas las normas de inferior rango deben subordinarse, en el sentido de evitar contradecirla o vulnerarla». (Yuri Pérez Martínez: *Op. cit.*, p. 317).

¹⁷ José Julián Martí Pérez: *Obras completas*, t. xxii. p. 247.

- recho o acto lesionador de la Constitución; y, consecuentemente, exigir responsabilidad por los daños y perjuicios, fundamentando su petición en la norma, los principios y valores que, frente a aquellos, contenga la ley fundamental.
5. La implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, y de los Objetivos de la Primera Conferencia Nacional de la organización partidista, colocan a la nación, nuevamente, en una evidente etapa provisional de perfeccionamiento de su organización interna, para la continuidad del proyecto socialista, lo que implica necesarias reformas constitucionales que aseguren su legitimación, pero de forma gradual y en las cuales se precisa la mejor definición del control o defensa judicial de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar Pascaud, Vivian: «El paradigma del juez cubano», en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 14, junio de 2010, La Habana, pp. 29-38.
- Álvarez Tabío, Fernando: *El Constitucionalismo en Cuba*, Universidad de La Habana. 1966.
- _____: *El recurso de inconstitucionalidad*, La Habana, Librería Martí, 1960.
- Blume Fortini, E.: «La reforma del Tribunal Constitucional peruano. Tribunales y justicia constitucional», en *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México D. F., 2002.
- Fernández Bulté, Julio: «Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy», en *El Otro Derecho*, vol. 6, no. 2, Bogotá, 1994.
- Fernández Pérez, Serafín Seriocha: «Cuba y el control constitucional en el Estado socialista de derecho: Reflexiones para su perfeccionamiento», en *El Otro Derecho*, vol. 6, no. 2, Bogotá, 1994.
- Martí Pérez, José J.: *Obras completas*, t. 22, Centro de Estudios Martianos, La Habana, 2001.
- Matilla Correa, Andry (compil.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Editorial Porrúa, México, D. F., 2009.
- _____: *El control jurisdiccional de constitucionalidad en la Constitución cubana de 1901*, en Andry Matilla Correa y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Escritos sobre Derecho procesal constitucional*, Unijuris, La Habana, 2012.
- Maza, Emilio: *En defensa de la acción pública*, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1950.
- _____: «El recurso de inconstitucionalidad: sus fuentes actuales», en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, no. 2, La Habana, 1944.
- Pérez Hernández, Lissette y Marta Prieto Valdés (compiladoras): *Temas de Derecho constitucional cubano*, 2.^a ed., Editorial Félix Varela. La Habana, 2002.

Pérez Martínez, Yuri: «Juez y Constitución: díptico necesario en la Cuba del siglo XXI», en A. Matiilla y E. Ferrer, *Escritos sobre Derecho procesal constitucional*, Unijuris, La Habana, 2012.

Prieto Valdés, Martha: «El sistema de defensa constitucional cubano», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 26, julio-diciembre, La Habana, 2005.

Remigio Ferro, Rubén: «Justicia con rostro más humano» (discurso en la apertura del II Congreso Internacional de Derecho procesal), en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 12, junio, La Habana, 2009, pp. 3-6.

Rodríguez Fernández, Yumil: «El control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Propuestas para su perfeccionamiento en Cuba» (ponencia) [s.m.d.].

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA ADMINISTRATIVA

M.Sc. Danis Antonio García Moreno¹
juez profesional, TPP de Matanzas

LA SOCIEDAD ES conflictiva en su interior y, en ella, es inevitable la oposición de intereses, ya sean individuales o grupales que, de un modo u otro, es preciso resolver. Prolijo e innecesario sería repasar las formas que la humanidad ha encontrado para solucionar estas contraposiciones: las primitivas modalidades de autotutela basadas en el uso de la fuerza, el atemperado modo que a estas le imprimió la «ley del talión», hasta formas auto y heterocompositivas.² Todas estas formas que, en principio, sirven a la tarea de extinguir un conflicto específico entre varios elementos sociales, se realizan, además, con vista a alcanzar la finalidad ulterior de hacer viable la convivencia de los seres humanos.

Así, entonces, la función jurisdiccional, como factor de composición de las disputas entre los integrantes de la colectividad, es una tarea que el Estado no puede omitir echarse a costas, sin importar su adscripción ideológica.³ No obstante lo anterior, en el constante examen y perfeccionamiento del ordenamiento legal, no hay duda de que la responsabilidad mayor la lleven quienes intervienen en el proceso de creación del Derecho.

Sin embargo, este tema, que parecería de lógica elemental, si de buen funcionamiento de las instituciones y de protección de los derechos del hombre se trata, merece un detenido tratamiento entre nosotros, ya que son muchas las carencias, y necesarias las soluciones que deben plantearse para que pueda decirse que existe un adecuado acceso a la justicia⁴ y, por tanto, la posibilidad de defender todos los derechos en sede judicial.

Sin duda, este resulta uno de los temas que mayor atención recibe en los diferentes círculos académicos y políticos, y es permanente la idea de medir o valorar, de algún modo, la efectividad de los derechos que les corresponde defender y hacer valer a las instituciones judiciales, lo que

¹ Tutora: Dra. Martha Prieto Valdés.

² Cipriano Gómez Lara: *Teoría general del proceso*, 8.ª ed., pp. 16-35.

³ Jesús González Pérez: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.ª ed., pp. 25 y 33.

⁴ Oscar Manuel Silvera Martínez: «Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales», p. 174.

se revierte en la necesidad de incluir enfoques sociológicos, politológicos, económicos y administrativos al problema del acceso a la justicia.

Con razón, suele existir mayor cantidad de bibliografía y análisis sobre la situación de las limitaciones del acceso real de las personas, o grupos vulnerables o más desfavorecidos, a la administración de justicia, y el tratamiento y empeño de los estados y organizaciones para procurar esa posibilidad, en pos de la existencia de un mecanismo que garantice y, a la vez, facilite el acceso a la justicia.

Precisamente, como una garantía que se le ofrece a cada uno de los ciudadanos —ante alguna arbitrariedad o exigencia de derechos consagrados en la normativa y como resultado de su interacción diaria con los otros ciudadanos y las instituciones—, cobra especial atención «el acceso a la justicia», como expresión de efectividad de la defensa jurídica, máxime si tenemos en cuenta que, en esta posibilidad, se halla la base de todo derecho, y la última y definitiva garantía de su viabilidad.

La temática relacionada con el acceso a la justicia, al igual que la tutela judicial efectiva, no ha contado con un amplio desarrollo entre nosotros y, menos aun, en los predios del Derecho administrativo, aunque ha sido abordada por procesalistas⁵ la garantía de acudir ante cualquier órgano jurisdiccional en demanda de tutela efectiva.

Lo anterior incide en el modo de enfocar las preocupaciones en torno al acceso a la justicia, a su posible inclusión y hasta en las propuestas que pudieran hacerse para el perfeccionamiento del sistema de garantías que refrenda la Constitución cubana. El hecho es que el propio ordenamiento procesal cubano impone limitaciones para acceder a la justicia en defensa de los derechos en sede administrativa, distinguibles, por ejemplo, cuando somete la razón de este proceso a la única posibilidad de alcanzar la revisión judicial del comportamiento administrativo. Aun cuando el proceso es garantía de garantías, la restricción antes referida genera la disminución de los derechos de los administrados. Los problemas sin solución, de cara al tema, son una asignatura pendiente.

Hoy, en el ordenamiento jurídico cubano no existe proceder judicial especial para la defensa de los derechos que, por su importancia, se han consagrado en la Constitución de la República. Asimismo, el acceso a la justicia y la tutela efectiva en la esfera administrativa se ven limitadas en el orden práctico, ya que aun cuando la función de administrar justicia recae en un órgano constitucionalmente designado y facultado para ello, los tribunales, aún subsisten restricciones a esta y es, en síntesis, la garantía jurisdiccional del proceso judicial la que se desvanece frente a las imposi-

⁵ Ivonne Pérez Gutiérrez: «El régimen cautelar en el proceso civil cubano»; Lourdes Bautista Gutiérrez: «La tutela judicial efectiva. Una visión crítica»; y Antonio Lorca Navarrete: «Derecho de la garantía de la función jurisdiccional».

ciones de la administración pública o de las propias normas procesales, que cercenan el derecho de acceso a la justicia.

Profundamente comprometidos con la función judicial, como garantes de los derechos ciudadanos, urge abordar el acceso al proceso y a la necesidad de eficacia de su ejecución. Asimismo, si partimos de la importancia que tiene el acceso a la justicia para los administrados, y las posibilidades de vulneración de los derechos en tal ámbito, urge abordar la aludida figura en los predios constitucional y administrativo.

Considero que, por estos senderos, ha de encauzarse la inserción en el tema del acceso a la justicia, que irradie desde la Constitución al resto del ordenamiento jurídico, entendido como un derecho que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos o protegidos a quienes acuden ante el sistema de justicia con vista a solucionar sus conflictos jurídicos para, entonces, derivar la tutela de los derechos del administrado.

CONCEPTO, DIMENSIONES Y RASGOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Son muchas las definiciones sobre *el acceso a la justicia* ofrecidas por diversos autores, pero no voy a detenerme a analizarlas; solo haré referencia a las que, a mi consideración, resultan las más integrales para una mejor comprensión del tema que trata este artículo.

Para el Profesor Carlos M. Díaz Tenreiro, presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (TSP), el acceso a la justicia —como expresión de la efectividad de la defensa jurídica— se encuentra en la base de todo derecho en tanto constituye la última y definitiva garantía de su viabilidad.⁶

Por su parte, el profesor Horacio M. Lynch la define como «un acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza, religión o nacionalidad».⁷ Concepto más abarcador e integral y al cual me afilio.

En resumen, el acceso a la justicia comprende aquellos mecanismos legales por los cuales una persona puede realizar, fácticamente, el ejercicio o defensa de sus derechos. Por ello, no se refiere solo a la posibilidad de hacer uso de las herramientas procesales previstas por la ley, y a que se avoque el conocimiento de estas, sino, también, que se cautele provisionalmente el

⁶ Conversación personal, realizada el 15 de junio de 2013.

⁷ Horacio M. Lynch: «Acceso a la justicia y profesión legal».

derecho y se produzca un pronunciamiento razonado y motivado en tiempo prudencial, que solucione el conflicto jurídico. Esto es lo que se llama la eficacia del acceso a la justicia.

LIMITACIONES Y PROPUESTAS

El acceso a la justicia, tal como es admitido por la doctrina moderna, es un derecho fundamental, que permite la defensa de otros derechos de igual o inferior rango; y impulsa al Estado a crear las vías para su ejercicio. Concebirlo como derecho fundamental implica la obligación del Estado de atender a los ciudadanos que se presenten, ante los órganos jurisdiccionales, en reclamo de protección, reconocimiento o restitución de los derechos vulnerados.

Entre nosotros, no se tutela, expresamente, el acceso a la justicia en la normativa ordinaria o constitucional, ni como derecho, motivo por el cual considero que es de interés el estudio del tema, en particular de varios asuntos en sede judicial, ante el impedimento de reclamación, contra la administración pública.

El texto constitucional prevé reglas que posibilitan la defensa de los derechos, aunque no han constituido cauce para la vía judicial, en tanto medio idóneo para la defensa de los derechos. Este es el caso del Artículo 26 constitucional que, aun cuando faculta a *toda persona* que sufra daño o perjuicio a reclamar y a obtener la correspondiente reparación o indemnización, el propio precepto introduce una restricción a su desarrollo, al estipular que el daño o perjuicio debe haber sido causado indebidamente por funcionarios y agentes del Estado, con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos. En tal situación, la parte afectada, primero, debe obtener una declaración de la administración, respecto al carácter indebido —algo bastante difícil en la cotidianidad— para, luego, poder proceder a la reclamación ante los tribunales.

Únase a lo anterior que el precepto deja, en manos del legislativo, el desarrollo de este presupuesto, pero la ley no lo regula, lo que, unido a la práctica cubana de no aplicar directamente la Constitución en procesos judiciales, deja el derecho en suspenso, sin posibilidad de ejercicio; por tanto, la garantía que debe emerger de la Constitución no se produce. Otro elemento a destacar es que, al amparo de los artículos 81 y 82 del Código civil, se pueden reclamar los daños por actos ilícitos, pero lo indebido —que requiere ser previamente declarado por el organismo de donde procede el vulnerador— viene aquí como limitante, ante la falta de una definición normativa.

Similar análisis merece el Artículo 63 de la Constitución, el cual establece el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, y a recibir la atención o respuestas pertinentes en plazo adecuado, conforme a la ley.

Ello supone que toda persona tiene la facultad de acceder ante los órganos del Estado a fin de obtener la protección de sus derechos o hacer valer cualquier pretensión, para lo que se debe asegurar la existencia de órganos y mecanismos previamente determinados por la ley, por medio de los cuales se puedan resolver las controversias, conforme a Derecho.

Esta institución está presente en la legislación del país desde el año 1888, a partir del Real Decreto, de 23 de septiembre, en el que se reconocía como derecho de petición, de forma general, y propiciaba al acceso a la justicia. Posteriormente, fue regulada en varias instituciones que introducen el derecho de queja, junto al de petición, antes mencionado: Decreto No. 1, «Reglamento general de los organismos de la Administración Central del Estado», en los artículos 100 —inciso b)—, y 79 —inciso n)—; Decreto Ley No. 67 de 1983, «De la organización de la Administración Central del Estado», Artículo 52 —inciso r)—; y Decreto Ley No. 147 de 1994, los que, de manera general, prevén que los argumentos son, precisamente, presentados ante la administración pública, sin que se instrumente una vía de acceso a los tribunales. A pesar de lo expuesto, no es la queja un medio de acceso a la justicia, entendida esta como acceso a los tribunales, sino una institución de Derecho administrativo, para instar al procedimiento interno de la administración. No obstante, bien pudiera haberse potenciado su desarrollo como acción procesal en esta esfera, si en la ley se hubiera prefijado que la queja prevista constitucionalmente podría instar a los tribunales competentes, en el conocimiento de los asuntos que, por actos de autoridad o disposición, lesionen derechos.

A nadie medianamente ilustrado en materia de Derecho se le escapará que de nada sirve pretender poseer un determinado derecho, si se carece de la posibilidad de acudir ante órganos imparciales, respecto al asunto que se debate, a fin de que se le reconozca y se le otorgue el amparo correspondiente. En el caso de la queja, su regulación como derecho constitucional, formulado de manera general o como reclamo ante la propia administración, conserva la solución del conflicto en el mismo sistema de órganos que ha provocado la lesión o vulneración del derecho, lo que supone una limitación en la consecución de los objetivos de la reclamación.

A tales efectos, este acceso a la justicia, acceso a los tribunales —como tercero independiente e imparcial, que declarará el derecho en el caso que conoce y activará sus potestades jurisdiccionales, para que se pronuncie una decisión judicial— es la garantía que se reclama, lo cual resulta y deviene esencialísimo en un régimen de Derecho, como el nuestro, y que se desprende de la regulación del Artículo 120 constitucional.

Cuba —por intermedio del TSP, como miembro y participante en la asamblea plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, en Brasilia (Brasil)— manifestó su anuencia con un documento que contiene cien reglas mínimas, para garantizar el acceso

a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, denominadas «Reglas de Brasilia».⁸ La adscripción a tales reglas ha conllevado a que aquel engrose una parte del derecho interno y, por ello, estas son obligatorias para todos los tribunales cubanos, a quienes dota de otro instrumento con vista a garantizar una mayor posibilidad de acceso a la justicia, en especial para las personas en condiciones de vulnerabilidad. Pero, ¿también ello no ha de suponer el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia para todos?

Esta breve mirada a la historia, en cuanto a la recepción normativa del derecho al acceso a la justicia en Cuba, ha permitido valorar su viabilidad hoy para resolver las limitaciones en torno a la nombrada institución en el ordenamiento jurídico vigente, que se enmarca, para ello, en los predios del Derecho administrativo. En tal sentido, marcados por la realidad cubana, se sigue demandando una mirada actual sobre el asunto, dadas las distintas polémicas que derivan de las limitaciones al acceso a la justicia y, por tanto, su no consideración como derecho pleno en estas otras esferas o ramas del orden jurídico nacional.

LIMITACIONES INFRACONSTITUCIONALES

Resultado de lo antes expuesto, y de conformidad con el análisis que se hace en este epígrafe, es dable afirmar que la justicia administrativa cubana, hoy, no ofrece verdaderas garantías de protección de los derechos o situaciones jurídicas de los individuos, ni posibilita asegurar el buen funcionamiento de la administración pública, razón por la cual debe propugnarse la ruptura de esa concepción y permitir, como refiere García de Enterría, el desarrollo, sin inmunidades del poder, de la justiciabilidad plena del proceso contencioso-administrativo.⁹

La postura anterior no es resultado de reclamos históricos, ni desconoce la importante función que desarrolla la administración pública cubana, sino todo lo contrario, se parte del hecho de que la administración está para cumplir las tareas básicas del Estado cubano, un aparato representativo que se sustenta en la participación popular, incluso en el control de las actuaciones de aquel.¹⁰

Al respecto, no resulta entendible que, al litigarse sobre determinados bienes y derechos que han resultado afectados por daños o perjuicios a

⁸ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en *Compilación de Acuerdos del TSP*.

⁹ Eduardo García de Enterría: «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas de la República», p. 488.

¹⁰ Constitución de la República, Artículo 68.

los derechos patrimoniales, les sea prohibida —como viene sucediendo a través de disposiciones normativas generales— la posibilidad de acudir, en vía de reclamación, ante el tribunal, para defender sus derechos y recibir justicia, pues todo ello está en franco desafío a una facultad otorgada, en la Constitución, a estos órganos. En lo expuesto, se evidencia el poco entendimiento de la supremacía normativa de esta ley y la necesidad de la coherencia interna del ordenamiento jurídico, pues se ha desestimado el precepto constitucional, que debió haber prevalecido como un mandato principal para todos los órganos, dirigentes y funcionarios estatales, políticos¹¹ y de las organizaciones que forman la sociedad civil cubana, y se han hecho valer en la práctica disposiciones inferiores restrictivas de derechos.

En ese orden, vale comenzar nuestro análisis por la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), que establece la posibilidad de acudir ante los tribunales en sus artículos 654 y 656. Sin embargo, ella misma excluye del control jurisdiccional, en el Artículo 657, un grupo de materias o actos que emanen de la administración. Según su letra, no corresponden a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones de una autoridad competente concernientes a: defensa nacional, seguridad del Estado, orden público y medidas adoptadas en circunstancias excepcionales para salvaguardar los intereses generales, transacciones en divisas o valores extranjeros y control de cambios, planificación de la economía nacional y acuerdos de los consejos de Estado y de Ministros (los conocidos por la doctrina con la categoría de actos de Gobierno), materias constitucional, civil, penal, laboral y de seguridad social, actividad educacional, disciplina escolar y estudiantil, y ejercicio de la potestad discrecional.

No nos cabe duda de la imposibilidad de cuestionamiento en sede judicial, en lo que concierne a decisiones relativas a la unidad política y grandes intereses colectivos nacionales. Ahora bien, no resulta razonable cuando disposiciones infraconstitucionales ponen en vigor reglas generales que limitan derechos, prevén regímenes especiales de conductas, disciplinarias o de funcionamiento procedimental y, en especial, aquellas que impiden el acceso a la sede judicial para las reclamaciones y defensa de derechos. Esto ya no es de materia propiamente política, sino acciones o disposiciones administrativas limitativas de derechos, que sí pudieran perfectamente ser revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

De lo anterior, deriva que el derecho de todos a ir a los tribunales y ponerlos en conocimiento de asuntos, cualquiera que sea su índole, resultado de la conjunción de los artículos constitucionales 63 y 120, queda cercenado, mediante la ley procesal, y se desconoce la exclusividad de los tribunales para la impartición de justicia, por lo que estos órganos no

¹¹ *Ibid.*, Artículo 10.

se deben excusar, ni rechazar los asuntos que, ante ellos, se presenten porque previsiones administrativas pretendan constreñir su intervención.

Con esta misma valoración, me adentro en la prohibición de conocimiento por los tribunales de las materias constitucionales, contenidas en el Artículo 657 que se comenta. En este artículo, además, se impide la intervención de los órganos de justicia en las controversias en esta esfera, algo que merece análisis detallado y revaloración. De conformidad con nuestra Carta Magna, en el Artículo 75, inciso c), se reserva a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) la facultad exclusiva de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes, decretos y demás disposiciones generales; no obstante, materia constitucional no es sinónimo de cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino, también derechos, deberes, responsabilidad, control.

Por tanto, considero que no puede extenderse la sustracción de la materia constitucional a los tribunales, en el caso de solución de conflictos relacionados con la violación de los derechos constitucionales que provengan del ejercicio de la administración, para los cuales sí se deberán acoger las demandas y resolverlas. Igualmente, las materias civil, penal y laboral, aun cuando tienen sus propias jurisdicciones, también tienen bases o fundamentos constitucionales y no debe ser limitada su defensa porque el proceder sea administrativo.

La actividad educacional y la disciplina escolar y estudiantil es otra excepción de jurisdicción, la que encontró un mayor desarrollo normativo en el Decreto Ley 33, de 12 de marzo de 1980. Pese a ello, los argumentos expuestos en las normas resultan enigmáticos y carecen de suficiente justificación, y no puede admitirse que la referida actividad, aunque sea uno de los logros de la Revolución, conlleve a transmitir impunidad, en cuanto a actos que lesionen derechos.

El dejar de hacer un control de legalidad conllevaría a no detectar a tiempo errores, cuestionamientos innecesarios y hasta arbitrariedades; ningún funcionario administrativo, sea educacional o no, verá mermada su autoridad porque se le exija alguna justificación jurídica en sus decisiones. Al contrario, ello coadyuvará, necesariamente, al ascenso de la calidad de su actuación y asegurará la legitimidad del ejercicio de esa autoridad.¹²

Con respecto a los actos discrecionales, aun cuando la administración los lleva a efecto, según su libre apreciación, con el objeto de atender a los intereses generales o particulares, no pueden dejar de cumplir la ley, por lo que debe establecerse un mecanismo que someta tales actuaciones o decisiones al control de la legalidad en sede judicial, a fin de que entes imparciales verifiquen si su ejecución se ha realizado conforme a Derecho,

¹² Para ampliar, *vid.* Benjamín Marcheco Acuña: *El proceso administrativo cubano en los inicios del siglo XXI*, pp. 111-118.

y no den lugar a que se cometan abusos de poder o arbitrariedades que incumplan la ley y se lesionen derechos.

Sin embargo, las dificultades no versan sobre la aludida facultad discrecional, sino sobre su contenido, sobre la base al control jurisdiccional judicial que es dable ejercer sobre la administración, cuando emane el acto impugnado de tal facultad, asunto que, desdichadamente, la norma adjetiva cubana no se detuvo a distinguir.

La decisión y el control difieren, y no solamente por los períodos en que tienen lugar uno y otro, sino por los espacios competenciales, como en este caso. El tribunal, si bien no tiene a su disposición tal facultad de la administración, ello no deberá impedirle el control, en cuanto a la revisión de esta, sin que suponga subrogarse en lugar y grado de aquella. En cambio, sí pueden ejercer el control sobre tal acto de la administración y, a ello, considero que están obligados los jueces en virtud de la facultad jurisdiccional que le es atribuida por ley, conducida a través del proceso administrativo.

Este criterio que sostengo no es ajeno a la línea interpretativa ya proclamada por el alto foro, palpable en el Dictamen No. 284, de 9 de febrero de 1988, emitido por el Consejo de Gobierno del TSP, controversial por la distinción que realiza de la facultad discrecional, pero lo que interesa a este trabajo es que legitima a un tercero, a quien la resolución dictada por la administración, en el ejercicio de esa facultad, le lesione un derecho subjetivo preestablecido a su favor, para que la impugne.¹³ Considero que, pese a los límites que resultan de la ley procesal, con la mirada en tal dictamen, logra advertirse que, si la intención es la tutela de los derechos de un tercero al que pueda alcanzar la decisión administrativa vulneradora de su derecho subjetivo, más cercano de dicha protección debiera encontrarse a quien, directamente, dicho actuar le lesione en análoga esfera, siempre que no se cuestione la naturaleza del acto.

Con ese mismo rango de disposición normativa, nos encontramos la declaración de ocupante ilegal de una vivienda, mediante el Artículo 115¹⁴ de la Ley general de la vivienda, la cual establece el procedimiento y ante qué circunstancia se puede declarar a una persona ocupante ilegal, lo cual solo es impugnado en la vía administrativa, y nunca en vía judicial.

Sin duda, que la ley restrinja el acceso a la justicia es incorrecto y deja limitados, a los destinatarios de tales normativas, en la defensa de sus derechos. No obviemos que, en Cuba, se prevé que las leyes sean objeto de un control previo de constitucionalidad por vía política y que, desde su nacimiento, tales reglas adquieren la reafirmación de su constitucionalidad. O lo que es lo mismo, al ser la ANPP el intérprete de la Constitución, lo cual

¹³ Acuerdo No. 31, Dictamen No. 284, de 9 de febrero de 1988, en *Compilación de Acuerdos del TSP*.

¹⁴ Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, Artículo 115.

realiza a través de las leyes que dicta, además de ser el órgano de control de constitucionalidad, si se generan disposiciones restrictivas de la Constitución, estas no pueden ser cuestionadas sino por el propio órgano emisor.

En consonancia con lo anterior, desde el punto de vista técnico-jurídico, la vigencia del principio de constitucionalidad supone, no solo el reconocimiento de que la Constitución sea la ley de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico de la sociedad, sino su eficacia y aplicabilidad directa como norma de Derecho positivo. A ello se ha referido la profesora Martha Prieto, quien siempre ha transmitido el acatamiento directo de los postulados, en el quehacer de la vida práctica, que no solo viene implícito para los legisladores en el acto de hacer las leyes, sino, también, para los demás órganos del Estado y de la administración, incluida la administración de justicia, los que deberán observarla en su actuación y realizar la aplicación de los postulados superiores; también, en la solución de cada caso que tengan ante sí, especialmente cuando la conducta o la institución que se valora no esté regulada expresamente en la ley o haya contradicción o disminución del ámbito constitucional.¹⁵ Entonces, resulta inaudito que se límite un mandato constitucional, en especial, si se causan lesiones y perjuicios a derechos patrimoniales importantes.

Otras disposiciones normativas restrictivas del acceso a los tribunales son los decretos leyes, los que han sido ratificados por la ANPP, en la sesión posterior a su entrada en vigor, con lo que ha aceptado que estos modifiquen leyes o regulen, de manera diferente, determinados aspectos.

Como ejemplo de lo antes expuesto, pueden señalarse:

1. *Las medidas derivadas de la comisión de contravenciones personales (multas, decomiso de bienes y obligación de hacer)*. Decreto Ley No. 99, de 25 de diciembre de 1987, «De las contravenciones personales», Artículo 23. Independientemente de que su objeto sea regular el modo de exigir responsabilidad administrativa por contravenciones personales, excluir del control judicial sus decisiones, nos da la medida de cuán arbitrario se puede volver el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, en particular cuando este no tiene límites que encaucen el poder discrecional del ente administrativo, en tanto puede ser el mismo órgano que genera la norma y el que, luego, la aplica. Ello puede conducir a excesos que se alejan del marco garantista, que debe informar esta parte del Derecho.
2. *Las decisiones del Ministerio de la Agricultura relacionadas con la posesión, propiedad y la herencia de la tierra y bienes agropecuarios*. Decreto Ley No. 125, de 30 de enero 1991, Artículo 41. Este decreto ley elimina toda posibilidad de reclamación ante la vía judicial, cuando se ha

¹⁵ Martha Prieto Valdés: «El ordenamiento jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales», pp. 3-4.

- decidido la expropiación forzosa de la tierra y demás bienes agropecuarios propiedades del pequeño agricultor, producto del incumplimiento o infracción de las obligaciones establecidas, y para los usufructuarios, a los que se prevé el cese de esta condición.
3. *La medida de confiscación de bienes impuestas por el Ministerio de Finanzas y Precios (MFP) por enriquecimiento indebido.* Decreto Ley No. 149, de 4 de mayo de 1994, «Sobre confiscación de bienes e ingresos obtenidos mediante enriquecimiento indebido», Artículo 9. La normativa es una de las medidas para contrarrestar nocivas prácticas que subsisten en la sociedad y establece un procedimiento que, a mi entender, lesiona garantías a los implicados, ya que consagra en el mismo órgano (MFP) la imposición de la sanción, las reclamaciones subsiguientes, y no confiere posibilidad de revisión o reclamación ante la vía judicial.
 4. *Las infracciones por el régimen de la pesca,* Decreto Ley No 164, de 26 de mayo 1996, Artículo 57, que establece sanciones de multa, obligaciones de hacer, suspensión o cancelación de la autorización de pesca y decomiso del producto, artes y avíos de pesca e, incluso, de las embarcaciones u otro medio utilizado para cometer la infracción. En ocasiones, aparejado a la represión o la potestad sancionadora de la administración, se han provocado lesiones a un tercero no partícipe en la acción o conducta infractora del implicado, y sobre el cual también recae una afectación o perjuicio a su derecho, como propietario, al que no se le ha permitido ofrecer descargo. Además, en caso de inconformidad, excluye la revisión judicial.
 5. *La aplicación de responsabilidad material por daños a los recursos materiales, económicos y financieros.* Decreto Ley No. 249, de 23 de julio de 2007, Artículo 33. En el orden laboral, fija el actuar y la responsabilidad de cada trabajador en su colectivo laboral y los estándares de calidad, lo que conllevó a que la norma que citamos fuera la encargada de regular los principios y el procedimiento para hacer factible con mayor fuerza, la exigencia a los trabajadores de todas las categorías ocupacionales de su responsabilidad material. A pesar de que define conductas y sanciones, impide el acceso a la vía judicial.

Las muestras anteriores nos sirven para entender que no se distinguió entre el rango y el valor que debe primar en las disposiciones, y se advierte que normativas de rango inferior no solo contradicen o limitan el alcance de las emitidas por órganos de poder jerárquicamente superiores, sino que impiden el derecho de acceso a la justicia.

A las normativas antes analizadas, le suceden los decretos, disposiciones emitidas por el Consejo de Ministros, máximo órgano ejecutivo y administrativo que constituye el Gobierno de la República, órgano que se subordina a la ANPP y al Consejo de Estado. Por ello, no es razonable encontrar

argumentos, como hoy subsisten, para restricciones de acceso a la justicia cuando, por su subordinación, no debería ir en contra de sus superiores.

Pese a ello, valga como ejemplo, el Decreto No. 232, de 31 de enero de 2003. Los artículos 4.3 y 10.4 establecen que las resoluciones confiscatorias de viviendas o tierras, dictadas por el Instituto Nacional de la Vivienda o el Ministerio de la Agricultura, por hechos relacionados con las drogas, actos de corrupción o con otros comportamientos ilícitos, se fijan por la vía administrativa y no procede recurso alguno contra ellas en la vía judicial.

Hemos participado en algunos escenarios entre operadores del Sistema de Tribunales, en los que se ha abogado por la necesidad de un procedimiento administrativo armónico, que lleve, de manera primaria, a conocer y resolver las contradicciones internas de la administración, a lo que no nos oponemos, siempre que se garantice el acceso a los tribunales, llamados a dirimir conflictos, emitir decisiones, de conformidad con la certeza de los hechos, con base en las pruebas practicadas en el proceso y de acuerdo con el Derecho, que estimen aplicable al caso concreto, sin tener que acatar o someterse a indicaciones o sugerencias que provienen de sus superiores jerárquicos, ni de otros entes del aparato de poder.

Si la Constitución, como la disposición de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, faculta a los tribunales como únicos órganos para impartir justicia, ello ha de constituir una pauta indiscutible para todos. Por ello, es necesario insistir, como reflexionó la profesora Martha Prieto Valdés que, entre las disposiciones normativas existe una escala jerárquica, conforme al orden constitucional cubano y que, debajo de la Constitución, prosiguen, en orden, las leyes, los decretos leyes, equiparables a estas en rango y fuerza, por acuerdo de la propia ANPP. A estos, se les subordinan los decretos y acuerdos del Consejo de Ministros, y les siguen, en orden decreciente, las resoluciones de los ministros y jefes de organismos centrales del Estado.¹⁶ ¿Cuál es el argumento, entonces, para que existan y se validen normativas que limitan el acceso a los tribunales, en la defensa de los derechos, si es unánime la noción de que un derecho vale jurídicamente en la medida que existan y sean eficaces las garantías para su reconocimiento, amparo y protección?

Si valoramos la obligatoriedad de respeto de la Constitución, como un deber fundamental de la ciudadanía, sin distinciones, y el reconocimiento que se hace a la observancia de la legalidad, como una obligación de todos los dirigentes y funcionarios,¹⁷ no es posible desconocer, como afirma Prieto, la necesidad de instrumentación de medios para el aseguramiento de sus contenidos,¹⁸ en particular, el acceso a los tribunales. La regulación de un

¹⁶ Prieto Valdés: «El ordenamiento jurídico cubano...», pp. 3-4.

¹⁷ Constitución de la República, artículos 10 y 66.

¹⁸ Prieto Valdés: *Op. cit.*, p. 4.

derecho no es eficaz, sino cuando existen vías efectivas para su ejercicio, incluyendo las acciones procesales, a fin de poder acudir a los tribunales y que sean estos los que declaren lo justo en el caso concreto.

De allí que impedir que un tribunal conozca de pretensiones jurídicas comporta un atentado al Derecho y a los derechos de las personas, pues, al ser este órgano un garante por excelencia, no se justifica eliminar la posibilidad de revisión de decisiones administrativas, en aspectos de vital importancia para la vida social, incluidos los que afectan el ejercicio de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución, como muestran algunos ejemplos citados.

Merecería especial análisis, en estas disposiciones, la determinación de los bienes que pueden ser confiscados, que no se analizan por no ser centro de esta investigación, pero se tiene presente que la privación de un derecho debe realizarse en todo momento, mediante decisión judicial, a fin de evitar lesiones innecesarias, arbitrariedades que conlleven a crear inseguridad y pérdida de confianza en los órganos de la administración estatal, sobre todo cuando, en ocasiones, son patrimonio de un tercero que, en algunos casos, desconocen el acto o la acción ilícita que ha correspondido al infractor.

Este derecho esencial y fundamental que tiene toda persona significa, pura y simplemente, tener la posibilidad de plantear cualquier tipo de pretensión ante la justicia, en la medida —obviamente— que sea jurídica; esto es, que verse sobre situaciones jurídicas, bienes o derechos, cualquiera que sea su objeto.

Ya he referido que toda exoneración de jurisdicción, o la supresión de todo control jurisdiccional de cualquier acto o conducta de cualquier persona, entidad o grupo que sea estatal o particular, pública o privada, natural o jurídica, incluso la prohibición de todo medio, arbitrio o artificio, solo conlleva a un único efecto, sin temor a equivocarnos: la indefensión de la víctima.

En la misma línea anterior, Marcheco Acuña sostiene que limitar el acceso a la jurisdicción subvierte uno de los principales pilares sobre los que se erige el Estado de derecho moderno, y tiene en cuenta el principio de la separación de funciones, que implica que a la administración no le corresponde la facultad de determinar el alcance de la función jurisdiccional, sino que le está únicamente al legislador. De admitirse, convertiría a la justicia en un instrumento al servicio de la propia administración, que se someterá al control de los jueces, si quiere y cuando mejor le parezca.¹⁹

Las disposiciones antes comentadas, de distintos rangos normativos, muestran cómo se carece de la posibilidad de acceder a la justicia. Nada aparece más incompatible que la duplicidad de funciones en el mismo órgano; o sea, el carácter de administrador y de órgano jurisdiccional, que resuelve las reclamaciones contra la actuación o decisiones de sus instituciones.

¹⁹ Marcheco Acuña: *Op. cit.*, pp. 163-164.

Parada Vázquez²⁰ indicó que la atribución generalizada a los órganos de administración activa de la potestad para decidir ejecutoriamente controversias jurídicas debe ser una excepción y no una regla general en el diseño de los procedimientos gubernativos, precisamente porque lo contencioso se define por la revisión de decisiones administrativas previas y ejecutorias, en cuanto a los tipos de recursos que se puedan interponer contra sus decisiones ejecutivas, y otras cuestiones procesales que garantizan el debido proceso, pues no se puede hacer abstracción de que las autoridades activas mandan, no juzgan; administran, no ejercen jurisdicción.

En cuanto a lo comentado respecto al Artículo 26 de la Constitución, es meritorio significar la imposibilidad actual de realizar, en la sede judicial administrativa, la reclamación contra la administración o acto suyo, ya que lo restringe al daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado, en el ejercicio de sus funciones, y por la limitación que establece la LPCALE, en la definición de la administración pública, al quedar excluidos los funcionarios y dirigentes administrativos de las direcciones y empresas provinciales y municipales. Únase a lo anterior, la necesidad de un proceso gubernativo previo, que declare la naturaleza indebida de la actuación de la administración para el caso concreto.

Es indiscutible que la ley no puede preverlo todo, ni arreglarlo todo, por lo que se delega su derecho a un apreciador más flexible, más próximo a los ciudadanos, mejor situado para valorar todos los elementos de solución que, en este caso, es a la administración pública. Pero un ente ajeno a ella debe cuidar que su actuar se mantenga dentro de sus límites y, de aquí, la necesidad de que los administrados tengan siempre a su alcance el medio que les permita estimular el control de la legalidad de los actos administrativos, bien por vicios sustanciales del acto o por abuso de poder, los que quedan fuera del control jurisdiccional. ¿Por qué, si existe un conjunto de preceptos constitucionales en pos de la justicia?

En efecto, uno de los aspectos insatisfactorios de nuestro sistema de justicia lo constituye, sin lugar a duda, el acceso al proceso administrativo, mecanismo esencial de todo Estado de derecho diseñado para proteger el interés público y los derechos individuales, frente al poder de la administración pública, fiscalizar la actividad de esta y «exigirle cumplidamente justificaciones de su compromiso ante el Derecho».²¹

²⁰ Ramón Parada Vázquez: *Derecho administrativo*, vol. II, p. 113.

²¹ Eduardo García de Enterría: «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», p. 161.

Nada de lo que concierne al ejercicio de los derechos de las personas —que la Constitución les reconoce, asegura o ampara— puede ser ajeno a la justicia, cuando ellos son agraviados o se pretende que ella los proteja. Por tanto, que las normativas y decisiones gubernativas o administrativas limiten el ejercicio y su defensa de derechos, supone, a mi juicio, la restricción de derechos y garantías necesarias que facilitan la interacción entre personas naturales y jurídicas, por lo que crea deslegitimación e inseguridad, máxime si el acceso a la justicia es lo que posibilita que las partes en plano de igualdad vayan, ante un tercero imparcial, en búsqueda de justicia con vista a que dirima el conflicto, en defensa de los derechos. Por eso, no existe fundamento para limitar el acceso cuando precisamente el que limita y lesiona es la propia administración.

Por todo ello, si somos capaces de entender la igualdad de todos los ciudadanos, consagrada en el Artículo 41 de nuestra Carta Magna,²² ¿por qué no se puede acceder a la justicia en todo caso? O si tenemos presente —y consagrado como uno de los pilares en la construcción del socialismo— que el Estado, en Cuba, es el garante de los derechos,²³ ¿por qué, entonces, dejamos espacios que conllevan a que, en ocasiones, se cometan arbitrariedades que causan afectaciones a la población? Al darle la posibilidad al ciudadano de acudir al que verdaderamente tiene la facultad de administrar justicia, pudiéramos lograr que esa decisión lograra ser corregida, en caso de no ser la acertada.

Esta cuestión permite, además, determinar que las dificultades en el funcionamiento y acceso a la administración de justicia constituyen, en sí, un sistema de carácter negativo, sobrepuesto al sistema formal establecido en la ley para la administración de justicia. Por tanto, para favorecer el acceso, se requiere de esfuerzos de distinta naturaleza, que solo juntos pueden provocar un cambio, sobre todo cuando la noción de acceso a la justicia es intrínseca al derecho fundamental de toda persona de recibir una respuesta estatal o alternativa a sus conflictos sociales, en un sistema legal igualitario y moderno, como el nuestro, que pretende garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos.

La noción de acceso a la justicia precisa, necesariamente, mirar más allá de los tribunales; utilizar análisis sociológicos, políticos, psicológicos, económicos y de otros tipos; aprender de otras culturas; enfocar la investigación y la enseñanza procesal moderna; conocer y aprender de las diversidades; comunicar ese derecho; y contar con instituciones suficientes y capaces de cumplir, con eficacia y calidad, la provisión de respuestas.

²² Constitución..., Artículo 41: Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes.

²³ *Ibid.*, Artículo 9, inciso a), pleca 3.

La idea es comenzar a estructurar el reconocimiento del acceso a la justicia desde la Constitución para, con ello, minimizar el sentido y alcance de las normas procesales y no procesales de inferior rango normativo, lo cual permitirá sentar sus bases para abogar y cumplir la institucionalización y debido respeto de nuestra ley de leyes, de manera que se logre una armonía en la configuración del derecho del acceso a la justicia que irradie a toda clase de procesos.

PROPUESTAS

En Cuba, como resultado de la obra de la Revolución, se alcanzan altos niveles de educación que posibilitan a las personas conocer sus derechos. La propia existencia de un proyecto social y político participativo, que tiene fundamento y esencia en la voluntad popular de alcanzar toda la justicia, dota a nuestro pueblo de mecanismos de reacción ante la injusticia y la arbitrariedad.

Ha de ser también considerado un derecho básico —que brinde la garantía de conducirse en la vía judicial— la defensa de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, lo cual asegura, de una parte, la eficacia normativa y, de otra, la certeza necesaria para el disfrute de estos. Tal derecho ha de convertirse en columna vertebral del sistema de garantías de los demás derechos.

Como fundamento de la propuesta, se tiene en cuenta que:

1. El acceso a la justicia ha de ser entendido como la posibilidad que tiene toda persona de acudir y promover la actividad de los órganos encargados de impartir justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus derechos e intereses, mediante una resolución pronta, completa e imparcial.
2. Esta institución integra el núcleo de la seguridad jurídica y, por tanto, hace que su existencia sea la garantía necesaria que deben tener todos los ciudadanos e instituciones de que sus derechos sean respetados y, según el caso, defendidos convenientemente.
3. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho, si su titular no puede acceder, de forma efectiva, al sistema de justicia, para obtener su tutela. Limitar el acceso a la justicia es una decisión que afecta la convivencia en una sociedad, ya que quien no encuentra justicia que escuche sus demandas, se la tomará por su propia mano, sea individual o grupalmente; no advertirlo es una extrema frivolidad o insensatez.
4. Las reclamaciones a la sede judicial solicitan apoyo de un órgano no comprometido con la decisión que se cuestiona; esta es una responsabilidad que atañe preferentemente al Estado. En Cuba, al amparo

- del Artículo 9 —inciso a), pleca 3—, de la Constitución; y, en especial, el 120 —único precepto en que se consigna la atribución de impartir justicia—, tal función es inherente al Sistema de Tribunales Populares.
5. Las Reglas de Brasilia son de obligatorio cumplimiento para todos los tribunales iberoamericanos y extensivas a los nuestros, al ser Cuba subscriptor del documento contentivo de estas, por intermedio del TSP. Conforme a lo anterior, el Acuerdo No. 72, emitido por el Consejo de Gobierno del TSP,²⁴ el 27 de marzo de 2012, puso en vigor, para todos los tribunales cubanos, las denominadas Reglas de Brasilia, las que engloban el conjunto de políticas, medidas y facilidades que permitan a las personas, en condición de vulnerabilidad, el pleno goce de los servicios del sistema judicial, configurado como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos. Nada obsta, legalmente, para la extensión de ellas, a favor de todas las personas como garantía del acceso a la justicia.
 6. Hace 12 años, el presidente del TSP, Rubén Remigio Ferro, afirmaba: «La Revolución Cubana, en su resuelto empeño por garantizar el más amplio y efectivo disfrute de los derechos de cada ciudadano y de la sociedad en su conjunto, a la vez que impulsa y desarrolla los medios necesarios para la realización de esos derechos, ha organizado y perfecciona continuamente un sistema abierto, democrático y transparente de acceso a la justicia para todas las personas naturales y jurídicas».²⁵ Y, más adelante, afirmó que «no obstante, para nosotros está claro que no se trata, en lo absoluto, de un sistema perfecto y que por el contrario existen aspectos que es preciso fortalecer y desarrollar».²⁶ Por ello, hoy más que nunca, es de vital importancia la consagración constitucional del acceso a la justicia en su carácter de derecho básico para todos.
 7. El reconocimiento constitucional del acceso a la justicia tiene incidencia directa en todas las parcelas del Derecho, pero, de manera significativa, en el Derecho administrativo, conforme a la sujeción de la administración al orden jurídico y, especialmente, al orden constitucional, pues asegura que la administración deje de ser omnipotente, al someterse al control judicial de sus actos.
 8. A fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia y, consiguientemente, la eficacia de la decisión judicial, se deberá:
 - Hacer valer el poder jerárquico de la Constitución, en cada normativa y práctica administrativa o judicial, a fin de asegurar el cumplimiento

²⁴ Acuerdo No. 72, en *Compilación de Acuerdos del TSP*.

²⁵ Rubén Remigio Ferro: «El acceso a la justicia en Cuba. Intervención especial. Seminario sobre el Derecho internacional del comercio y las inversiones en una economía global», p. 51.

²⁶ *Ibid.*, p. 54.

de sus postulados, en especial las previsiones de los artículos 9 —inciso a), pleca 3— y 120, en defensa del orden jurídico y de los derechos, e impedir que disposiciones infraconstitucionales sean invocadas recurrentemente como excusa para negar o hacer más difícil el acceso a la justicia.

– Interpretar, de conjunto, los artículos constitucionales 26, 63 y 41, para asegurar a todos el derecho de acceso a la justicia y, así, dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, lo cual deberá obligar a los tribunales a recepcionar y a responder toda reclamación en defensa de los derechos.

CONCLUSIONES

1. El reclamo de acceso a la justicia nació con la tutela de los derechos sociales y evolucionó hasta llegar a ser reconocido, constitucionalmente, como uno de los derechos fundamentales, entendido, además, como humano, primario, que asegura el acceso a la jurisdicción. Su reconocimiento como derecho constitucional es una vía básica para llegar a materializar el resto de los derechos constitucionales y ordinarios, ya sean individuales o colectivos.
2. Es un derecho complejo o de amplio contenido, que comprende: acceso a los tribunales como órganos competentes, al proceso efectivo, a la recurribilidad de las decisiones a que se arriben, sin obviar la garantía de la ejecución para la salvaguarda y defensa de los derechos, cualquiera que sea la normativa que los tutela. La regla del acceso universal de todos implica que el sistema no solo ha de reconocer el derecho de acceso, sino que tiene que crear las instituciones y los procedimientos para la salvaguarda de los derechos e intereses legítimos, y el necesario establecimiento de mecanismos de control para asegurar el efectivo cumplimiento de las reglas constitucionales y ordinarias; en otras palabras, que se haga justicia.
3. Con el triunfo revolucionario, y la necesidad de centralizar y concentrar la toma de decisiones en una administración fuerte, que pudiese adoptar las medidas necesarias para la transformación social e instrumentar la Constitución de 1976, se extrajo del control judicial, como regla, la posibilidad de cuestionamiento de las normativas y actos de la administración pública, lo que ha conllevado a limitar el acceso la justicia.
4. En los últimos tiempos, han proliferado normativas infraconstitucionales sancionadoras, que limitan tanto el acceso como el control judicial de algunas decisiones, con la consiguiente afectación a la legitimidad de la

función jurisdiccional y, en particular, la defensa de los derechos, por lo cual urge la revaloración de tales regulaciones restrictivas.

5. Garantizar el acceso a la justicia, y el derecho en sí mismo, conlleva la posibilidad —no solo formal, sino también real—, de que cualquier persona pueda acceder a los órganos jurisdiccionales y contar con las garantías de un proceso justo y equitativo. Ello requiere, necesariamente, de decisiones políticas de la dirección del país y de las altas autoridades del sistema de justicia para que lo potencien y aporten vías, con vista a su instrumentación.

BIBLIOGRAFÍA

- Araújo-Oñate, Rocío: «Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado», en *Estudios socio-jurídicos*, México, 2011.
- Bautista Gutiérrez, Lourdes: «La tutela judicial efectiva. Una visión crítica» (tesis en opción al grado de Esp. en Derecho civil y patrimonial de familia), Publicaciones universitarias, Barcelona, 1984.
- Constitución de la República de Cuba, 1976.
- García de Enterría, Eduardo: «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas...», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 79, 1993, [s.m.d.].
- _____ : «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», en *Revista de Administración Pública*, no. 38, Madrid, 1962.
- Gómez Lara, Cipriano: *Teoría general del proceso*, 8.^a ed., Harla, México [s.a.].
- González Pérez, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, [s.a.].
- Ley No. 65, «Ley general de la vivienda», 1988.
- Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, 1977.
- Lorca Navarrete, Antonio: «Derecho de la garantía de la función jurisdiccional», en www.sc.ehu.es/leyprocesal.
- Lynch, Horacio M.: «Acceso a la justicia y profesión legal» (informe), 13 de abril de 1997, en http://74.125.155.132/scholar?q=cache:SwYvjab27fQJ:scholar.Goo_gle.com/&hl=es&as_sdt=2000&as_vis=1 [consulta: 23 de octubre de 2013].
- Marcheco Acuña, Benjamín: *El proceso administrativo cubano en los inicios del siglo XXI*, Editorial Académica de España, 2012.
- Martínez Silvera, Oscar Manuel: «Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales», en *Justicia y Derecho*, año 9, no. 17, diciembre de 2011, La Habana, pp. 174-180.

Merino Brito, Eloy: *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Cultural, S.A., La Habana, 1938.

Parada Vázquez, Ramón: *Derecho administrativo*, vol. II, Marcial Pons, S.A., Madrid, 2002.

Pérez Gutiérrez, Ivonne: «El régimen cautelar en el proceso civil cubano» (tesis en opción al grado de Dra. en Ciencias jurídicas), La Habana, 2010.

Prieto Valdés, Martha: «La defensa jurídica de la Constitución cubana» (ponencia), maestría en Derecho constitucional y administrativo, Universidad de La Habana, [s.a.].

_____: «El ordenamiento jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales», en Lissette Pérez Hernández (compil.), *Introducción al Estado y al Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2000.

Prieto Valdés, Martha y Lissette Pérez Hernández: *Informe final de la investigación acerca de las quejas de la población en Ciudad de La Habana*, Universidad de La Habana, 1999.

Remigio Ferro, Rubén: «El acceso a la justicia en Cuba. Intervención especial. Seminario sobre el Derecho internacional del comercio y las inversiones en una economía global», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 16, La Habana, 2000.

EL COADYUVANTE DE LA ADMINISTRACIÓN

M.Sc. Idalmis Pérez Hernández¹
jueza profesional, Sala de lo CAL, TPP de Matanzas

BUENA PARTE DE la actividad de las personas jurídicas está sujeta a la intervención de la administración pública, cuyo poder se ha fortalecido por el otorgamiento de amplias atribuciones, con el objetivo de posibilitarle el cumplimiento efectivo de las tareas que señala la compleja sociedad actual, lo que impone fomentar los mecanismos con que han de contar los administrados para defender sus intereses, y poder acudir a los órganos judiciales frente a la actividad del poder administrador.

Se presume que el acto administrativo ha de estar inspirado en el bien público y ajustado a leyes; de ahí, el interés de la administración en que eso se mantenga y se confirme. Pero, junto al interés general, existe uno particular, favorecido y beneficiado jurídicamente.

Cuando se combate lo decidido por la administración pública, esta se apresta a luchar para lograr la ratificación del acto impugnado, que se respete y confirme la situación beneficiosa o útil que se le crea. Esos intervinientes, aunque se les llame *coadyuvantes de la administración*, son meros defensores de sus intereses personales.

En las salas de lo civil, de lo administrativo y de lo laboral de los tribunales provinciales populares, en los últimos años, se ha producido un incremento en la radicación de asuntos y, a partir de los cambios legislativos recientes, la tendencia es que el aumento sea significativo, fundamentalmente en materia administrativa. Esto tiene especial incidencia en la provincia de Matanzas, dadas las condiciones de su desarrollo económico, y la particularidad de contar con zonas de alta significación para el turismo, sujetas a régimen especial, lo cual genera inconformidades que, con frecuencia, se someten al examen administrativo y, en consecuencia, al actuar revisor de los tribunales.

Ante las inconformidades resultantes de los actos administrativos, el proceso que se sigue es demasiado extenso, por lo que es preciso establecer un marco jurídico que genere celeridad y contribuya a eliminar, sistemáticamente, lo que le es perjudicial o insignificante. No debe olvidarse que la concepción de la figura del *coadyuvante de la administración*, en el actual proceso contencioso-administrativo cubano, limita la celeridad.

¹ Tutor: Dr. Andry Matilla Correa.

La existencia del coadyuvante en lo contencioso-administrativo es una de las manifestaciones de la pluralidad de partes en el proceso, sin que haya podido encontrarse, en el Derecho positivo, un modelo general en el que pueda subsumirse la institución, ni buscar puntos de contactos con legislaciones anteriores a la española, pues es precisamente allí donde surge la figura, a partir de la jurisprudencia que fue supliendo las lagunas que encontró en la ley, que la consideró con extraordinaria amplitud.

Fue Laureano López Rodó quien se aventuró a tratar el asunto de una forma diferente a la de sus antecesores (v. gr. Gallostra, Caballero Montes y Cirilo Martín Retortillo), y así lo dejó reflejado Jaime Guasp en el prólogo a la excelente monografía de aquel, titulada *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, escrita en 1943, hasta ahora, la obra más completa al respecto. El autor aportó datos y antecedentes que permitieron perfilar la figura del coadyuvante, en su doble aspecto, procesal y jurídico, partiendo de que el proceso administrativo es una sucesión de actos, en la que órganos del Estado instituidos para ello intervienen en una pretensión fundada en normas jurídico-administrativas.

La palabra *coadyuvante* significa «persona que coopera a la acción de otra». Como figura, es propia del proceso administrativo. No estuvo claramente admitida en el civil, pero, de él, se tomaron los presupuestos iniciales relativos a la *tercería*, por la carencia de una sólida base de doctrina procesal en este contexto, lo que ha contribuido a la existencia y permanencia de múltiples dudas en torno al coadyuvante, partiendo de la falta de precisión en el empleo de los vocablos que, sin técnica alguna, eventualmente, se aplican para determinar su naturaleza jurídica y el contenido de su actividad.

En el proceso contencioso-administrativo, son partes principales: la *administración* —defiende su posición, autónomamente, en cuanto a la negación del derecho o del interés legítimo cuestionado—, y el *administrado*, quien alega la tenencia del derecho que ha sido vulnerado. Según Gimeno Sendra, los codemandados serán partes principales y, a las partes accesorias, se les llamará «meros intervinientes adhesivos». No se admite la calificación de *parte* para quien no tiene interés directo en la pretensión.

En sus aspectos prácticos, el coadyuvante toma el proceso en el lugar donde se encuentra al momento de su ingreso, y su actuación se subordina al *coadyuvado*.

En el Derecho, no está perfectamente definida la verdadera condición del coadyuvante y, frecuentemente, se exponen dudas sobre si es una parte en el litigio, con personalidad propia y definida, o si es un adherido a una de las partes contendientes y, como tal, debe seguir las inspiraciones de este.

Díaz Ufano decía que, en los litigios contencioso-administrativos, algunas veces, se presenta una tercera persona «[...] que viene reclamando un

derecho acerca de lo mismo de que es objeto la petición de la Administración cuando esta es una de las partes que litigan; a este tercero se le llama coadyuvante de la Administración, porque la auxilia y forma causa común con ella, defendiendo sus propios intereses al mismo tiempo que los comunes y colectivos».²

Caballero Montes se apegó a la significación gramatical de la palabra: «coadyuvante es aquel que ayuda a la Administración y contribuye a que el recurso no prospere».³ Peláez del Pozo se refería a «la intervención de otra persona que se presenta en el litigio a deducir su derecho acerca de lo mismo que es objeto de la acción ya propuesta y alegando sus títulos que hace valer para obtener en su derecho con preferencia sobre los demás que litigan».⁴ Para Gallostra, se trata de «la persona o personas que estén interesados en el mismo y quieran defender sus derechos a la par que los de la Administración».⁵

Fernández de Velazco precisó que

en el supuesto de que la Administración sea demandada contenciosamente por la declaración contenida en alguno de sus actos administrativos, quienquiera que por ese mismo acto haya derivado una situación favorable, puede cooperar con la Administración a mantener, procesalmente, la legalidad del acto en litigio. Quien así obra se llama coadyuvante.⁶

Martín Retortillo aplicó el concepto a «los que por tener interés directo en el pleito se personan cooperando al lado de la Administración para que se confirme y ratifique la resolución administrativa recurrida»,⁷ e indica que «aunque se los llame coadyuvantes de la Administración, no son más que meros defensores de sus intereses personales o corporativos, aunque ciertamente, en el caso controvertido, se hermanen o identifiquen con los intereses de la Administración pública».⁸

Para Giorgi,

el acto administrativo objeto de impugnación [...] puede eventualmente beneficiar a determinadas personas creando a su favor verdaderos de-

² Díaz Ufano: *Tratado teórico práctico de las materias contencioso administrativas en la península y ultramar*, p. 124.

³ José María Caballero Montes: *Lo contencioso-administrativo*, t. 1, p. 273.

⁴ Peláez del Pozo, *apud* Laureano López Rodó, *El coadyuvante en lo contencioso administrativo*, p. 99.

⁵ Gallostra, *apud* López Rodó, *op. cit.*, p. 99.

⁶ Fernández de Velazco: *El acto administrativo*, 2.^a ed., p. 333.

⁷ Cirilo Martín Retortillo: *El coadyuvante en lo contencioso administrativo*, p. 120. Y añade (p. 125) que esa especial misión es la que limita la acción del coadyuvante, obligado a defender la subsistencia del acuerdo administrativo que se impugna y ninguna otra cosa.

⁸ Cirilo Martín Retortillo: *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, p. 285.

rechos subjetivos. Es decir, que coetáneamente, la decisión administrativa perjudicaría o lesionaría el derecho o interés legítimo de una persona otorgando en su detrimento derechos a otras [...] y puede coadyuvar con la Administración demandada.⁹

El español González Pérez es otro de los autores que ha desarrollado sus consideraciones en torno al coadyuvante, y lo ha definido como «la persona que interviene en el proceso administrativo adhiriéndose a las pretensiones de la Administración demandante o de la persona demandada [...] es una parte accesorio».¹⁰ Carnelutti dice que «se trata de poner un caballo de refuerzo al carro del proceso»,¹¹ y Rojas Franco lo define como «[...] aquel que ayuda a la administración en su pretensión de que no se anule el acto administrativo».¹²

Al realizar un análisis crítico de todos los conceptos antes referidos, salta a la vista el defecto común que les imputa López Rodó, en cuanto a la falta de diferenciación de lo que él definió como dos distintas figuras ocultas bajo igual denominación, que conducen a opiniones contradictorias, puesto que se confunde al simple interesado en que se mantenga el acuerdo de la administración, y a quien afecta directamente la decisión porque le alcanza el efecto de cosa juzgada. También, apuntó que

el coadyuvante es un tercero interesado, que coopera o auxilia a la Administración en el proceso¹³ [...] que sin ser demandante ni el directamente demandado, acude voluntariamente a defender una pretensión o la oposición a una pretensión con carácter autónomo, o subordinado a la actuación de otra parte¹⁴ [...] accede a un proceso iniciado entre las partes principales, adhiriéndose a las pretensiones de la parte demandante o demandada.¹⁵

De forma indirecta, todos los autores mencionados —a partir del alcance de sus respectivas definiciones— coinciden en una idea: quien ha sido favorecido por el acto administrativo tiene más interés que la propia Administración en su mantenimiento.

Debe existir relación entre el coadyuvante y el objeto del proceso, para que se le permita intervenir en él. Se trata de que el proceso en cuestión afecte sus intereses porque su derecho no nace en función del interés público, sino por uno personal, que no es cualquier tipo de interés, sino jurídico.

⁹ Héctor Giorgi: *El contencioso administrativo de anulación*, pp. 130-131.

¹⁰ Jesús González Pérez: *Derecho procesal administrativo*, t. 2, 2.ª ed., p. 364.

¹¹ Francesco Carnelutti: *Estudios de Derecho procesal*, vol. I, p. 91.

¹² Enrique Rojas Franco: *Derecho administrativo de Costa Rica*, [s.p.].

¹³ Laureano López Rodó: *El coadyuvante en lo contencioso administrativo*, p. 100.

¹⁴ *Ibid.*, p. 38.

¹⁵ *Ibid.*, p. 113.

A partir de la investigación, es posible formular mi propio concepto de *coadyuvante*: Quien, sin incorporar pretensión alguna al proceso contencioso-administrativo, interviene voluntariamente para adherirse a la parte demandante o a la demandada, por tener interés en la anulación o el mantenimiento del acto administrativo.

Entre las figuras del tercero y el coadyuvante, se han establecido puntos de contacto: ambos pueden intervenir en cualquier estado del asunto y ello no implica retroacción del proceso; se personan sin realizar previa petición ante la administración, y acuden porque tienen determinado interés en el asunto.

El coadyuvante no pretende nada para sí mismo porque su interés radica en que se mantenga el acto en el que se beneficia, o desea que se anule, por cuanto puede ser ocasional beneficiario del nuevo acto que se llegue a emitir.

En síntesis, el coadyuvante es aquel que asume la condición de parte accesoria, dependiente de la principal; en consecuencia, es una adhesión de la parte demandante o de la demandada. Se protege la participación del coadyuvante, en sus formas pasiva y activa, a cualquier titular con un interés en la anulación o el mantenimiento del acto administrativo, sin que sea menester que este sea directo. Se configura una ampliación a la tutela judicial efectiva, al desarrollar el espectro de posibilidades de coadyuvancia. No resulta necesario demandarle para que el proceso y la sentencia resulten plenamente válidos y eficaces. Su intervención procesal, por tanto, reviste caracteres de coyunturalidad. Los efectos jurídicos de la sentencia no le alcanzan ni en su faceta declarativa, pues no le afecta la cosa juzgada (solo se tienen en cuenta las partes principales), ni en la ejecutiva, por cuanto no puede ser obligado a realizar una prestación como consecuencia de la condena de una sentencia dictada en un proceso en que no es parte principal.

Los juristas cubanos han prestado poca atención al proceso contencioso-administrativo. Apenas, lo han tratado Rafael Grillo Longoria, Guillermo de Vera Sánchez y Carlos Rafael Grillo González. Al referirse a la legitimación en el procedimiento administrativo, los llevó a conceptualizarlo como «cualquier persona que demuestre tener interés legítimo para intervenir en un proceso a fin de salvaguardar sus intereses legales».¹⁶

En relación con estudios de postgrado, se registra la tesis «El coadyuvante en el procedimiento administrativo» —de Jorge Salim Tabrane Potes, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1988—, un trabajo breve, en el que el autor se limita a comentar los artículos de la ley procesal referidos a la intervención del coadyuvante en el proceso

¹⁶ Rafael Grillo Longoria, Guillermo de Vera Sánchez y Carlos R. Grillo González: *Derecho procesal civil III (medios de impugnación y procesos especiales)*, 2.ª ed., [s.p.].

contencioso-administrativo cubano, y en el que deja plasmada su estimación en cuanto a que «[...] el coadyuvante no es una verdadera figura en el procedimiento porque no produce pretensiones propias, y pretende algo sin configuración cabal, lo que en realidad no ayuda [...]»,¹⁷ y lo define como «[...] la persona favorecida por la resolución impugnada que como parte interesada directamente se le ofrece la plena capacidad para hacerse representar en el proceso».¹⁸

Los juristas cubanos mencionados dejan ver su consideración en cuanto a que no les resulta útil la figura del coadyuvante de la administración en el proceso; y expresan que, en definitiva, quienes acuden con esa condición no tienen en la mira la defensa del dictado administrativo porque sea expresión del cumplimiento de la legalidad reconocida en nuestro ordenamiento, sino porque, en última instancia, con su defensa, pretenden proteger su propio interés particular, para que no resulte indirectamente afectado, por lo que, más que coadyuvantes de la administración —la condición que les franquea el acceso al proceso—, son coadyuvantes de su propio interés particular, lo que me conduce a afirmar que la administración no precisa de un ajeno a la relación jurídica para que su acto sea reconocido como legítimo. Lo que necesita, realmente, es de una adecuada preparación del personal jurídico y del propiamente administrativo que presta sus servicios en la esfera de la administración del Estado.

Al respecto, no aparecen otros trabajos hasta el año 2000, cuando el Dr. Valentín Álvarez López abordó el asunto en un artículo —que publicó la *Revista Cubana de Derecho*—, en el que ofrece sus reflexiones en relación con la discrecionalidad administrativa y el coadyuvante de la administración, y deja sentada la necesidad del perfeccionamiento de esta figura en el ordenamiento cubano.¹⁹

La ley procesal cubana no distingue —la doctrina sí— entre coadyuvantes litisconsorciales y meros intervinientes, pero el Acuerdo No. 562, de 23 de noviembre de 1977, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (TSP) —ratificado por el Acuerdo No. 150, de 21 de febrero de 2011, del propio órgano— definió que el coadyuvante, en el proceso administrativo, puede adoptar dos figuras: el simple interviniente (se adhiere a las pretensiones de la administración, coadyuvante pasivo); y el coadyuvante activo, que propone pruebas con carácter autónomo y todas las características del litisconsorte, y defiende su derecho, en calidad de parte principal,

¹⁷ Jorge S. Tabrane Potes: *El coadyuvante en el procedimiento administrativo* (tesis), p. 3.

¹⁸ *Ibid.*, p. 1.

¹⁹ Valentín López Álvarez: «La discrecionalidad administrativa. La discrecionalidad y el coadyuvante de la administración. Necesidad de su perfeccionamiento en el ordenamiento cubano», p. 40.

directamente interesada en que se mantenga la resolución administrativa impugnada.²⁰

La puntualización realizada por nuestro máximo órgano de justicia retomó las características de la intervención del coadyuvante, en cuanto a su naturaleza jurídica, siguiendo la línea diseñada por López Rodó, en el texto citado, pues el Acuerdo No. 562 data del momento en que Fernando Álvarez Tabío se desempeñaba como presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP. Este, en sus obras, abordó las cuestiones fundamentales relacionadas con el proceso contencioso-administrativo y esbozó algunas cuestiones teóricas en torno al coadyuvante, al que definió como una «figura híbrida».²¹

Hasta el momento, no ha habido otros estudios acerca del coadyuvante, ni se ha propiciado la ocasión para que el legislador cubano gane conciencia sobre el asunto y se pronuncie al respecto, con vista a que el ordenamiento jurídico se encuentre en perfecta armonía sustantiva y procesal.

En los últimos 15 años, en Matanzas —y en el país, en general—, ha sido virtualmente nula la intervención de coadyuvantes en el proceso administrativo. No obstante, la ley adjetiva precisa todos los términos concedidos para concretar dicha intervención, incluidos los que se refieren a la tramitación asimilada al proceso civil, el establecimiento de recursos de súplica y otros incidentes que ocurran durante la sustanciación del asunto.

Si las partes directamente involucradas en la litis no agotan, en su totalidad, cada uno de los términos fijados en la ley —lo que, en la práctica, sucede—, el proceso queda en suspenso, hasta tanto transcurran los plazos correspondientes para los posibles coadyuvantes, con lo cual el asunto pierde celeridad y, en consecuencia, la impartición de justicia, por la que esperan, ansiosamente, las partes en conflicto.

Cuando se pretende tener un sistema jurídico armónico, y en correspondencia con las tendencias imperantes en cada materia, adaptado a las particularidades propias que impone el régimen social vigente en cada país, no resulta ocioso dirigir la mirada a otros ordenamientos jurídicos y observar el tratamiento que se da a determinadas figuras que dejan de aportar en el proceso para el que, específicamente, están concebidas.

Específicamente la figura del coadyuvante, ya es inexistente en varios países de nuestra región, como sucede en Argentina, Perú, Colombia, y Venezuela; y tiene tratamiento diferenciado como tercero en Paraguay y Chile.

En España, comenzó a cuestionarse la continuidad de la figura del coadyuvante a partir de 1982, por parte de Muñoz Machado, hasta que fue

²⁰ Acuerdo No. 562, de 23 de noviembre de 1977, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, primer semestre, La Habana, 1979.

²¹ Fernando Álvarez Tabío: *El proceso contencioso administrativo (doctrina, legislación, jurisprudencia)*, p. 69.

objeto de expresa derogación por la Ley No. 29, de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

De todo lo anterior, se colige la necesidad de modificar la vigente Ley de procedimiento civil administrativo, laboral y económico (LPCALE), en cuanto a la supresión de la figura del coadyuvante de la administración en el proceso contencioso-administrativo cubano y revisar, en general, la formulación del proceso administrativo, con términos dilatados en exceso en la instancia judicial, que solo tiene la función revisora del actuar administrativo y no precisa la reproducción del pleito, el cual, bien conducido en la fase gubernativa, no amerita transcripción ni excesiva ampliación por estar fijados, desde allí, los términos del debate.

De ahí, la importancia de que, durante la tramitación en sede administrativa, los asuntos se encaminen, y se realicen las acciones necesarias para traer estos a las personas que pudieran resultar afectadas con el acto administrativo. Se requiere legitimar, desde la primera instancia; y, así, garantizar la defensa de los derechos a todos por igual.

La dirección del país ha llamado a la simplificación de trámites y la reducción de términos, para la solución de los asuntos en que se ve inmersa la población, y a ello no escapa la administración de justicia.

Álvarez Tabío sentenció que

si de verdad se quiere que la justicia administrativa constituya en la práctica una efectiva garantía política y jurídica del ciudadano que clama justicia frente a los abusos del poder administrador: suprimáanse los formalismos inútiles, amplíese la legitimación activa, concédase la acción de nulidad a favor de aquellos que hubieran recibido algún agravio en sus intereses legítimos.

CONCLUSIONES

Considero oportuno que se tome en cuenta el resultado de este trabajo, el cual me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

1. Lo que realmente pretende el coadyuvante con su intervención en el proceso contencioso-administrativo es la protección indirecta de su propio interés particular, por lo cual puede afirmarse que tiene más interés que la propia administración en el mantenimiento del acto objeto de impugnación.
2. El proceso contencioso-administrativo exige, al menos, la existencia de dos partes contrapuestas; y, en la jurisprudencia sobre el tema, la figura del coadyuvante no está considerada como parte principal, sino accesorio, y esa dualidad carece de sentido en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Al coadyuvante, se le reconoce como colaborador de la administración, para la anulación o el mantenimiento del acto administrativo, cuando, en realidad, lo que requiere la administración es la adecuada preparación del personal jurídico y del propiamente administrativo que presta sus servicios en esa esfera del Estado, para que sus pronunciamientos se ajusten a lo previsto en las vigentes normas legales.
4. El coadyuvante no es una figura necesaria en el proceso contencioso-administrativo, pues, sin su intervención, la relación procesal está debidamente constituida y puede dictarse el fallo sin que nadie con derecho quede en estado de indefensión.
5. La actual formulación del régimen jurídico del coadyuvante dilata, innecesariamente, la solución del asunto, por su nula intervención y la posibilidad de asimilación a la posición del demandado y/o tercero.
6. Las leyes procesales relativas a la materia administrativa se han ido actualizando, fundamentalmente en nuestra región geográfica, y la figura del coadyuvante ha sido suprimida en varios ordenamientos jurídicos, así como en España, de donde proviene la mayor parte de la legislación que, por muchos años, estuvo vigente en Cuba.
7. En la actualidad, la figura del coadyuvante de la administración resulta inoperante para el proceso contencioso-administrativo cubano, y limita la posibilidad de que este sea dócil, práctico, eficaz y ágil. Por lo tanto, considero que, en el orden legislativo, debe ser suprimida de la actual LPCALE —Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, modificada por el Decreto Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006— y reevaluar los términos previstos en dicho proceso; y, en el orden normativo, dejar sin efecto el Acuerdo No. 562, de 23 de noviembre de 1977, del Consejo de Gobierno del TSP —referido a la participación del coadyuvante en el referido proceso—, la parte del Acuerdo No. 43, de 21 de agosto de 1990 —esclarece la vigencia de esta figura— y el Acuerdo No. 150, de 21 de febrero de 2011, que ratifica el contenido del primero de los aquí citados.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Tabío, Fernando: *El proceso contencioso administrativo (doctrina, legislación, jurisprudencia)*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1954.

_____: *Procedimiento contencioso-administrativo*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1958.

Boletín del Tribunal Supremo Popular, La Habana, 1979 (primer semestre).

Caballero y Montes, José María: *Lo contencioso-administrativo*, t. 1, Editorial Zaragoza, 1902, [s.m.d.].

- Carnelutti, Francesco: *Estudios de Derecho procesal*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- Carrasco Casí, María Cristina: «Acceso a la justicia en el derecho administrativo», en *Justicia y Derecho*, año 4, no. 7, diciembre de 2006, La Habana, pp. 20-28.
- _____ : «Razones que sustentan un procedimiento común [para la administración pública]», en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 12, junio de 2009, La Habana, pp. 7-13.
- Castanedo Abay, Armando: *Nociones generales acerca de la administración pública, como objeto de estudio y regulación jurídica del Derecho administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1993.
- Colectivo de Autores: «Reflexiones acerca del acto administrativo», en *Revista Jurídica*, año VIII, no. 27, abril-junio, La Habana, 1990.
- Díaz Ufano: *Tratado teórico práctico de las materias contencioso administrativas en la península y ultramar*, Impresor de Cámara de S. M., Madrid, 1866.
- Fernández de Velasco, R: *El acto administrativo*, 2.ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929.
- Garrido Falla: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- Gimeno Sendra, Vicente: *Derecho procesal administrativo costarricense*, Editorial Juricentro, San José, 1994.
- Giorgi, Héctor: *El contencioso administrativo de anulación*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958.
- González Enríquez, Pablo F.: *El coadyuvante en el recurso contencioso administrativo. ¿Puede apelar la sentencia cuando la administración se allana a la demanda o consiente el fallo?»*, en *Repertorio Judicial*, año XXVIII, no. 4, abril, Imprenta Barea, La Habana, 1952.
- González Pérez, Jesús: *Derecho procesal administrativo*, t. 2, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- _____ : *El coadyuvante en el proceso administrativo*, Revista de Derecho Procesal, Madrid, 1996.
- _____ : *Las partes en el proceso administrativo, terceros intervinientes, coadyuvantes*, Ediciones Funeda, Caracas, 1995.
- Grillo Longoria, Rafael, G. de Vera Sánchez y C. R. Grillo González: *Derecho procesal civil III*, 2.ª ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- López Álvarez, Valentín: «La discrecionalidad administrativa. La discrecionalidad y el coadyuvante de la administración. Necesidad de su perfeccionamiento en el ordenamiento cubano», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 15, junio, La Habana, 2000.
- López Rodó, Laureano: *El coadyuvante en lo contencioso administrativo*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1943.
- Martín Retortillo, Cirilo: *El coadyuvante en lo contencioso administrativo*, Revista de Derecho Público, Madrid, 1933.

- _____: *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1951.
- Matilla Correa, Andry: *Breve historia de la justicia administrativa en Cuba*, La Habana, 2010.
- Nieto García, Alejandro: «Orígenes de lo contencioso-administrativo en España», en *Revista de Administración Pública*, no. 50, Madrid, 1966.
- Ramírez Olivella, Gustavo: *Las excepciones dilatorias en lo contencioso-administrativo*, 2.ª ed., Editor Jesús Montero, La Habana, 1947.
- Rojas Franco, Enrique: *Derecho administrativo de Costa Rica*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando: *Tratado de Derecho administrativo. Contencioso-administrativo*, t. 3, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Tabrane Potes, Jorge Salim: «El coadyuvante en el procedimiento administrativo» (tesis) Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1988.
- Vivanco Hernández, José Clemente: *El juicio contencioso-administrativo*, 2.ª ed., Editor Jesús Montero, Habana, 1944.

IMPROPIA MANIFESTACIÓN DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

*M.Sc. Liosbel Márquez García¹
juez profesional, TPP de Pinar del Río*

SERÍA IRREFUTABLE AFIRMAR que, entre las disciplinas del ordenamiento jurídico, una de las que más se ha ido desarrollando desde su aparición, es el Derecho administrativo. La construcción y consolidación de algunas de sus instituciones jurídicas, la extensión de sus esferas de regulación y la creciente asimilación de las que, en algún momento, fueron o continúan siendo apreciadas con ciertos recelos, fundamentan la anterior afirmación.

La potestad sancionadora de la administración pública, como institución clave para demostrar la existencia de un Derecho administrativo sancionador, constituye, en el conjunto de potestades que nutren el desarrollo de su actuar, una de esas instituciones jurídico-administrativas cuyos marcos se han ido ampliando incuestionablemente, hasta el punto de hallarse, hoy en día, encontrada con el poder punitivo que corresponde ejercitar, en virtud del Derecho penal, a los órganos judiciales, lo que significa una quiebra del monopolio en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado por los mencionados órganos. De este modo, tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal, se configuran como las dos vertientes en las que se encuentra expresado el poder sancionador único y superior del Estado.

La doctrina explica dicho fenómeno sobre la base de dos razones: una, de carácter político, es la reacción defensiva de los grupos políticos dominantes, frente a sus antagonistas. Otra, más próxima a consideraciones jurídicas, es la inadecuación del sistema penal común, por su lentitud, por su rigidez, quizás por la benignidad de sus sanciones o, inversamente, por su excesivo rigor o contenido socialmente infamante y la consecuente desconfianza del legislador hacia el sistema judicial penal. Pero el hecho de que, ante determinados comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, pueda acudir a la utilización de uno u otro, o ambos, a la vez, ha dado lugar a sostenidas polémicas que aún persisten, y que devienen esencia en este trabajo; sobre todo, cuando no ha sido posible lograr la uniformidad de argumentos que permita deslindar, claramente, el campo de acción de cada uno de estos sistemas punitivos, que traen consigo de-

¹ Tutora: Dra. Ángela Gómez Pérez.

terminadas consecuencias negativas en los órdenes legal, constitucional y social, en sentido general, nada despreciables.

Muchos han sido los cuestionamientos a los que ha estado sujeto el Derecho administrativo sancionador, esencialmente en estos últimos tiempos, cuando su proliferación tiende a ser más evidente. Algunos autores defienden la idea de que, una vez implementada por la administración pública su potestad sancionadora, su actuar deberá ser objeto de control por los órganos judiciales, a fin de evitar posibles arbitrariedades que pudieran tener lugar. Otros, entre quienes me incluyo, aunque no radicalmente, no admiten la posibilidad de que poderes sancionadores descansen en órganos administrativos, cuando la titularidad de estos siempre ha recaído en órganos judiciales y han venido catalogando al Derecho administrativo sancionador, como usurpador de los espacios que corresponden al Derecho penal. Asimismo, están aquellos que, como Alejandro Nieto, proponen y defienden, fervientemente, la idea de conformar un derecho punitivo supremo,² en el que aparezcan integrados ambos órdenes sancionadores, y queden salvadas sus desavenencias.

A pesar de las críticas a que ha estado sujeto el Derecho administrativo sancionador, no podemos ignorar la importancia que ha cobrado. Pretender que el Derecho penal, por sí solo, haga frente a cada una de las conductas socialmente reprochables que se producen en la sociedad —algunas de las cuales precisan respuestas que los tribunales, dadas sus características y por lo que implica emprender un proceso judicial con todas sus formalidades, no pueden ofrecer con la inmediatez requerida— constituye una representación ideológica que, con certeza, podríamos catalogar de inadmisibles, realidad de la que se desprende un análisis que coadyuve a aliviar esta situación, sobre todo lo que, en su momento, reflexionaremos.

No todas las conductas que se producen en la sociedad, y se contraponen a los preceptos legalmente establecidos, revisten igual peligrosidad social. Sus consecuencias jurídicas, en muchos de los casos, no son equiparables y, por consiguiente, el rigor con el que deben ser reprimidas tampoco ha de ser el mismo. Por ello, lejos de proceder a la exclusiva utilización del Derecho penal, ante esta variabilidad de comportamientos que muchas veces no desembocan en la comisión de un delito, ni requieren para su corrección de la imposición de una sanción penal, se ha de abrir paso a otras vías de sanción, como la administrativa, que también resulta significativa.

Lamentablemente, a pesar de que contamos con un arsenal de regulaciones jurídicas en materia de contravenciones, a partir de las cuales

² Refiriéndose a esta idea, Nieto García señala: «La apelación a un derecho superior común parece, de momento, la mejor fórmula para reestablecer el equilibrio perdido y para recuperar la atención de los intereses indebidamente abandonados [...]». (Alejandro Nieto García: *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., p. 176).

podemos hablar de la existencia en Cuba de un Derecho administrativo sancionador, no abundan investigaciones científicas, en las que esta sea su centro de atención —a diferencia de lo que acontece en el derecho comparado, en el que sí constan importantes autores y diversidad de obras dedicados a su estudio, y no solo de este, de manera aislada, sino, además, en su relación con el Derecho penal, con los puntos de encuentro y desencuentro que entre ambos se advierten—, que sirvan de base para el establecimiento de su correcta definición, características y principios en los que se inspira, elementos estos que se deben tener en cuenta en cualquier rama del ordenamiento jurídico. En Cuba, solo aislados autores se han dedicado a estudiar este tipo de Derecho, en algunos de sus aspectos.

Esta realidad, unida a otras razones, ha dificultado la pertinente delimitación de los campos de actuación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal —y ello pasa por el inacabado desarrollo teórico que, en su vertiente sancionadora, el Derecho administrativo posee—, lo que, a su vez, ha traído consigo importantes colisiones entre ambos sistemas sancionadores. De ahí que resulte motivador el adentrarnos en el estudio de este asunto, que deviene ineludible y se avizora complejo.

EL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO Y EL DERECHO PENAL

Etimológicamente, *ius* equivale a «derecho», y *puniendi*, a «castigar». Por tanto, *ius puniendi*, se puede traducir, literalmente, como «derecho a penar o derecho a sancionar».

El Derecho penal, intrínsecamente relacionado con el concepto anterior, debemos estudiarlo a partir del establecimiento de los diferentes planos, a través de los cuales se manifiesta, y de su delimitación conceptual o evolución histórica, que comenzó por el Derecho romano.

El Derecho penal, además de exhibir sólidos antecedentes, a los cuales se suele recurrir reiteradamente, en la búsqueda del porqué de varias de sus instituciones jurídicas, ha generado toda una pluralidad de definiciones, ilustrativas de las disímiles variaciones que, en su constante desarrollo, ha tenido; a la vez que le acompañan múltiples consideraciones, emitidas por algunos autores, que tienden a explicar el doble carácter que este posee: objetivo y subjetivo. De acuerdo con el primero de ellos, y según el pensar simplista del profesor Mir Puig, se concibe al Derecho penal, como «un conjunto de normas penales» o, de modo similar, según el alemán Von Liszt, es «el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y a la pena como legítima consecuencia».³ Mezger, complementando el criterio esbozado por Von Liszt, sostiene que, también cons-

³ Frank von Liszt: *Tratado de Derecho penal*, 2.^a ed., p. 5.

tituyen «[...] Derecho penal aquellas normas jurídicas, que, en relación con el Derecho penal propiamente dicho, asocian al delito, como presupuesto, consecuencias de índole diversa que la pena, especialmente medidas que tienen por objeto impedir futuros delitos». ⁴ El Derecho penal, así analizado, desde una óptica materialista, no es más que una rama específica del Derecho, integrada por el sistema de conocimientos materializados en teorías, conceptos, juicios, postulados, categorías, principios y normas, relacionados con el objeto de su particular esfera cognoscitiva, o sea, el delito.

No obstante, debemos ir más allá, pues dicha rama del Derecho es más que preceptos reguladores de delitos y penas aplicables. Si se tiene en cuenta que dichas penas no alcanzan, por sí solas, su aplicación ni ejecución, nos encontramos con que la mera regulación jurídica de delitos y penas constituye solo una parte del camino; requieren ser aplicadas. Y es este el segundo de los sentidos en que puede apreciarse esta rama punitiva, en relación con la cual, Claus Roxin indica que «el Derecho penal en su sentido subjetivo puede definirse como la potestad atribuida a determinados órganos del Estado para imponer las penas y medidas de seguridad determinadas en las leyes cuando concurren los presupuestos establecidos en ellas». ⁵ De modo más sencillo, lo plantea Mir Puig: «Es el derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho Penal objetivo», en tanto Cuello Calón aseveró que «el derecho penal en sentido subjetivo es el derecho de castigar (*jus punendi*), es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas». ⁶ Concebido como antecede, no cabe la menor duda de que el Derecho penal es, también, expresión del poder de sancionar, de castigar, detentado por el Estado. Es, subjetivamente hablando, facultad punitiva de aquel. ⁷

Históricamente, el Estado ha monopolizado el poder de castigar. Solo el *ius puniendi* estatal puede operar como poderosa instancia pública, capaz de resolver el conflicto criminal de forma pacífica e institucional, racional y previsible, formalizada, eficaz e igualitaria, con escrupuloso respeto de

⁴ Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho penal*, t. 1, p. 25.

⁵ Claus Roxin: *Problemas básicos del Derecho penal*, p. 27.

⁶ Eugenio Cuello Calón: *Derecho penal. Parte general*, t. 1, 16.ª ed., p. 7. Refiriéndose al Derecho penal subjetivo, señala que «es el derecho del estado a definir los delitos y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad». (Cuello Calón: *Op. cit.*, p. 8).

⁷ Fernández Carrasquilla señala que «el derecho penal subjetivo no es otra cosa que una potestad derivada del imperio o soberanía estatal y que dependiendo del momento en que se desenvuelva puede tomar diversas formas, puede ser una potestad represiva —momento legislativo—, una pretensión punitiva —momento judicial—, o una facultad ejecutiva —momento ejecutivo o penitenciario. (Juan Fernández Carrasquilla: *Derecho penal fundamental*, t. 1, 2.ª ed., p. 13). Vid. Jiménez de Asúa: *Op. cit.*, pp. 25 y 27.

las garantías individuales. Solo el *ius puniendi* estatal se halla en condiciones de asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa.

Hasta hoy, el *ius puniendi* ha estado sujeto a un conjunto de límites que, expresados en forma de principios, se orientan a reducir los excesos en que pudiera incurrir el Estado, durante su implementación, límites que, al manifestarse, en la creación de la norma penal y en su aplicación, devienen garantías que permiten legitimar democráticamente el *ius puniendi* estatal, y deslegitimar el uso abusivo de la potestad punitiva.⁸

El Derecho penal de un Estado habrá de asumir varias funciones, relativas a los diferentes aspectos que en él se combinan; debe legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida de lo necesario para aquella protección. Pero un Estado democrático debe someter la prevención penal a otra serie de límites. Esto aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención a favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger no solo con las garantías que ofrecía la retribución; sino con las que también ofrecen otros principios limitadores; díganse, por ejemplos, los principios de humanidad, intervención mínima, culpabilidad, proporcionalidad, *non bis in idem*, legalidad y necesidad.

ALGUNAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL MODERNO

El Derecho penal no ha estado exento de experimentar diferentes cambios en su devenir, algunos de los cuales se han debido a las transformaciones que, en su desarrollo, le son inherentes a cada sociedad; mientras otros —los más recientes— se deben a exigencias actuales en el mundo moderno. En este sentido, se constatan disímiles corrientes de pensamiento, en virtud de las cuales se ha visto influido el Derecho penal. Cada una de ellas, resultantes del contexto histórico del cual parten, ponen al descubierto la evolución experimentada por esta rama jurídica e ilustran, al propio tiempo, los constantes cuestionamientos de que ha sido objeto en su largo viaje, a través de la historia.

La concepción del Derecho penal como *última ratio*, último recurso para hacer frente a aquellas conductas contrarias al orden social y la seguridad de los ciudadanos, se configura en un límite al *ius puniendi* del Estado, y en el principio base de una de las tendencias más reconocidas y defendidas del Derecho penal: el Derecho penal mínimo, el cual constituye una osada tendencia que, sobre la base del humanismo, el garantismo y la mínima intervención, ha pretendido llevar el poder punitivo del Estado

⁸ J. Bustos Ramírez y M. Hernán Hormazábal: *Lecciones de Derecho penal*, pp. 64 y ss.

por cauces diferentes a los de hace un tiempo atrás. Ello ha sido posible, entre otros aspectos, mediante: búsqueda de alternativas y sustitutivos no privativos de libertad, propuesta de reducción de marcos penales sancionadores, proliferación de las garantías del Derecho y del proceso penales, y deflación —por vía de despenalización o de descriminalización— de los bienes jurídicos que ameritan tutela penal. Cada uno de ellos conducen el Derecho penal hacia nuevos horizontes que, de ser conquistados, harán de él un mejor medio de enfrentamiento al delito. No sin motivos muy bien fundados, la presente tendencia deviene la más trascendental que haya exhibido y exhibe este, en contraste con otras.

Sin embargo, aun cuando las ideas precedentes constituyen la nota característica sobre la cual se erigió el Derecho penal clásico, los caracteres que exhibe el moderno distan mucho de aquel. En contraposición con derecho penal mínimo, se configura como otras de las tendencias del Derecho penal, la de su expansión.⁹

El Derecho penal así concebido por la ciudadanía y las diferentes instancias de poder, se encuentra desvirtuado. Sus funciones, en la sociedad actual, no son equiparables a las que le fueron atribuidas en el pasado, como tampoco lo es el lugar que, de acuerdo con las exigencias actuales, ocupa en relación con otros medios, también válidos para enfrentar la delincuencia.

⁹ Al referirse al proceso de expansión del Derecho penal, y casi a modo de descripción, Günther Jakobs señala que «[...] en los últimos años los ordenamientos penales del mundo occidental han comenzado a experimentar una deriva que los conduce de una posición relativamente estática, dentro del núcleo duro del ordenamiento jurídico —en términos de tipo ideal: un núcleo duro en el que iban haciéndose con todo cuidado adaptaciones sectoriales y en el que cualquier cambio de dirección era sometido a una intensa discusión política y técnica previa— hacia un expuesto lugar en la vanguardia del día a día jurídico-político, introduciéndose nuevos contenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes con gran rapidez, de modo que los asuntos de la confrontación política cotidiana llegan en plazos cada vez más breves al Derecho Penal». (Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá: *El Derecho penal del enemigo*, p. 59).

Sobre este mismo particular, Luis García Martín sostiene que «el Derecho Penal tiene ante todo una dimensión clara y manifiestamente cuantitativa que se traduce en una importante ampliación de la intervención penal y, por ello, en un relevante incremento de su extensión actual en comparación con la que tenía en el momento histórico precedente. Se observa además por algunos, que esta ampliación tiene el aspecto de una tendencia que parece no encontrar límites. Por ello, son muchos los autores que, al evaluar al trascendencia del Derecho penal moderno para el conjunto del sistema consideran que, en el momento histórico actual, cabría hablar de la existencia de un modelo de expansión del Derecho penal». (Luis García Martín: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 58).

COMO ALTERNATIVA FRENTE AL DERECHO PENAL

Aunque puede afirmarse que el Derecho penal, desde sus inicios, se ha erigido en la forma de expresión más reconocida y extendida del poder punitivo del Estado, no lo ha sido de manera exclusiva, entre otras razones, por las modernas y no tan modernas tendencias, sobre todo aquellas que, tras la búsqueda de un derecho sancionador más garante y respetuoso de los derechos humanos fundamentales, han devenido fervientes defensoras de ideas como: despenalización de ilícitos de escasa peligrosidad social; mayor implementación de sanciones alternativas ante la comisión de hechos delictivos de menor gravedad; y necesidad de que, bajo la protección del Derecho penal, permanezcan los bienes jurídicos a los que se le atribuye una primordial significación por la sociedad; con lo que ha cedido la salvaguarda de los restantes a otras ramas del ordenamiento jurídico.

Dada la aceptación que en la doctrina obtuvieron los anteriores planteamientos, se produjo la materialización de la generalidad de estos. Se procedió a la puesta en práctica de sanciones alternativas, como multa, reparación del daño, privación de derechos e, incluso, de sanciones sustitutivas de la pena privativa de libertad (arresto domiciliario, arresto de fin de semana y servicio a la comunidad). Asimismo, como ilícitos administrativos o civiles, se configuraron determinados comportamientos antijurídicos, antes comprendidos en el ámbito penal. De este modo, unido a la despenalización de conductas, la insuficiencia demostrada por este, para dar respuesta a las conductas merecedoras de castigo que venían produciéndose en la sociedad,¹⁰ devino uno de los motivos por los cuales la administración pública fue dotada de amplios poderes represivos, lo que, de conformidad con la regulación sustantiva y procedimental de su actividad sancionadora, propició la conformación del Derecho administrativo sancionador, considerado una manifestación, junto al Derecho penal, del *ius puniendi* único y superior del Estado.

Respecto a este Derecho, las definiciones han sido varias. Sainz Cantero, por ejemplo, lo concibe como «el conjunto de normas que, en uso de la potestad sancionadora de la Administración, asocia sanciones administrativas que atentan contra el orden interno y la organización de la Administración o contra el orden social general».¹¹ Según Cano Campos, «un Derecho especial formado por un equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos, es decir, por una serie de “privilegios en más y en menos” [...]», y

dentro de esos poderes o privilegios merece un lugar destacado la potestad sancionadora de la Administración. En ejercicio de dicha potes-

¹⁰ Ramón Parada Vázquez: *Derecho administrativo*, t. 1, 15.^a ed., p. 451.

¹¹ José A. Sainz Cantero: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, pp. 53-54.

tad, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados.¹²

Antón Oneca lo definió como aquel Derecho que se encuentra formado por aquellos preceptos que protegen los intereses de la Administración, mediante sanciones impuestas por autoridades administrativas.¹³

Puede entenderse, entonces, que el Derecho administrativo sancionador es el conjunto de normas jurídicas sobre las cuales se asienta la potestad sancionadora de la administración pública, tendientes a regular las sanciones que procede imponer, por concepto de infracciones de este carácter, perjudiciales al funcionamiento de la administración, a sus particulares intereses —traspasen su plano interno, o no— o al buen orden y seguridad de la sociedad, cuya imposición compete a una autoridad administrativa determinada.¹⁴

Como poder de actuación,¹⁵ legalmente atribuido, en virtud del cual la administración pública puede imponer sanciones por las transgresiones del ordenamiento jurídico, previamente tipificadas como infracciones administrativas

¹² Tomás Cano Campos: «*Derecho administrativo sancionador*», p. 339.

¹³ José Antón Oneca: *Derecho penal*, 2.ª ed., p. 32.

¹⁴ Si bien aquí ofrezco mi definición de Derecho administrativo sancionador, considero pertinente dejar sentadas algunas de las tantas definiciones que se le han atribuido, desde que comenzaran a advertirse sus primeras manifestaciones. «[...] el Derecho Penal Administrativo es el conjunto de aquellos preceptos por medio de los cuales la Administración del Estado a la que se ha confiado la promoción del bien jurídico o del Estado, enlaza, dentro del marco de la autorización jurídico estatal, en forma de preceptos jurídicos, una pena como consecuencia administrativa a la contravención de un precepto administrativo como tipo». (Heinz Mattes: *Problemas del Derecho penal administrativo*, t. 1, p. 191). «El Derecho Penal Administrativo consiste en la competencia de las autoridades administrativas para imponer sanciones a las acciones u omisiones antijurídicas». (Adolfo Merkl: *Teoría general del Derecho administrativo*, p. 347). «El Derecho Administrativo Sancionador constituye un instrumento invaluable de la actividad administrativa de policía. Comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos y de los particulares con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo». (Juan Carlos Cassagne *et al.*: *El Derecho administrativo iberoamericano*, p. 132). *Vid.* Benjamín Villegas Basavilbaso: *Derecho administrativo*, t. 2, pp. 132 y 240.

¹⁵ Esta categoría se hace corresponder con la definición de potestad dada por Fernando Garrido Falla: «Es un poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados». Actualmente asumida por la doctrina jurídica, es el resultado de las ideas inicialmente plasmadas por el jurista italiano Santi Romano. (Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.): *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, p. 1357).

por una norma,¹⁶ el origen y desarrollo de la potestad sancionadora de esta se justifica en diversidad de causas, las cuales, en su mayor parte, se hacen corresponder con los diferentes momentos que señalan la evolución histórica del Estado. No obstante, paralelo a las transformaciones a que ha estado sujeto este, o como derivación de dicho proceso, han tenido lugar un conjunto de acontecimientos que, de igual modo, se han convertido en marco propicio para la consolidación de esta potestad punitiva.

Como es conocido, el Estado ha sido depositario, hasta hoy, de tres esenciales funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Pero no siempre, como acontece en el presente, estas funciones estuvieron encargadas a órganos debidamente diferenciados, que hicieran posible su adecuado ejercicio. Una mirada a épocas anteriores, nos ilustra cómo, en el Estado absoluto, todas estas funciones —o poderes, como se concebían— se encontraban concentradas en la figura del monarca. Una misma autoridad, a la vez que fungía como creadora de normas y ejecutora de ellas, poseía la facultad de sancionar los comportamientos contrarios a las disposiciones contenidas en estas y, así, adquirió la triple denominación de órgano legislativo, ejecutivo y judicial.

Los inconvenientes que ello trajo consigo, debido al entrelazamiento y confusión de funciones a que dio lugar, desencadenó, en el orden doctrinal, un conjunto de planteamientos, los cuales, enfocados en la idea de la necesaria división de poderes que debía existir en el Estado,¹⁷ hicieron, de Montesquieu,¹⁸ su principal exponente. Estos hechos, con posterioridad, condujeron —salvo algunas excepciones— a la delimitación de los poderes

¹⁶ Tomás Cano Campos: «Derecho administrativo sancionador», p. 339. Refiriéndose a ella, Cosculluela Montaner y López Benítez establecen: «Es la potestad atribuida a la Administración Pública por la que se castiga con una sanción la comisión de infracciones administrativas, siendo éstas las conductas tipificadas como prohibidas por las leyes y reglamentos administrativos». (Cosculluela Montaner y López Benítez: *Derecho público económico*, p. 211). Gargerí Llobregat la concibe como «[...] facultad pública de fiscalización de ciertos comportamientos de los administrados y facultad, aparejada a la anterior, de imponer medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que proscriben aquéllos [...]». (Gargerí Llobregat: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, p. 51).

¹⁷ La primera formulación sobre la teoría de la tripartición de poderes aparece a finales del siglo xvii, en Inglaterra, y encontraría su exponente en Jhon Locke. Acerca de esta misma teoría, se pronunciaría Montesquieu, en *Del espíritu de las leyes*, la cual alcanzaría gran aceptación universal.

¹⁸ Al referirse a estos tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), Montesquieu señala: «En virtud del primero el príncipe o el Jefe de Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero castiga los delitos y juzga las diferencias entre los particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado. Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no ha libertad; falta la confianza porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del

anteriormente establecidos y, con ello, su atribución específica a determinados órganos. A partir de entonces, el poder de legislar, el de ejecutar y el de sancionar quedarían en entes debidamente diferenciados y delimitados.

Con independencia de que la facultad sancionadora del Estado quedó centralizada en los órganos judiciales, los hechos que acaecieron en lo sucesivo —tomemos como punto de referencia los albores del siglo XVIII— y otros que venían gestándose anteriormente, impidieron el mantenimiento de esta atribución, de manera exclusiva, en dichos órganos. En esa época e, incluso, con anterioridad —siglo XV—, no era extraño hacer alusión a la categoría de *policía*, inicialmente utilizada para designar la total actividad del Estado.¹⁹ En relación con ella, se pronunciaron autores como Platón, Aristóteles y Sócrates, quienes, en este mismo orden, vendrían a concebirla como «la vida, el reglamento y la ley por excelencia que mantiene la ciudad», «el buen orden, el gobierno de la ciudad, el sostén de la vida del pueblo, el primero y más grande de los bienes», «el alma de la ciudad, siendo la que piensa en todo, la que regula todas las cosas, la que hace o procura todos los bienes necesarios a los ciudadanos, y la que aleja a la sociedad de todos los males y todas las calamidades que son de temer».²⁰

En virtud de estas consideraciones —y dado los diferentes cometidos a los que debía dar cumplimiento—, la *policía* aglutinó en su interior —tal vez sin pretenderlo— funciones de diferente naturaleza: legislativas, judiciales, gubernamentales y administrativas de todo orden.²¹ Sin embargo, al tener lugar la división tripartita de poderes, la amplia concepción que, hasta ese momento, caracterizaba a dicha institución, tendiente a identificarla con la total actividad del Estado, quedó encerrada en ámbitos más reducidos y concretos; por tanto, nuevas interpretaciones le fueron atribuidas.

La represión, la restricción y la coacción devinieron los medios en que hubo de apoyarse el poder de *policía*, para lograr sus objetivos de bienestar y seguridad en la sociedad. La idea de que, a través de los medios represivos de *policía*, podía procederse a la imposición de sanciones, llevó a concebir la potestad sancionadora de la administración pública como una derivación de ese poder. Sin embargo, esta concepción perdió su razón de ser, cuando evolucionó la idea universal de *policía*, para convertirse en una variedad, entre las múltiples actividades administrativas²² —fomento,

poder ejecutivo y legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos [...]». (Charles Louis de Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*, p. 104).

¹⁹ Parada Vázquez: *Op. cit.*, p. 381. Por *policía*, como establece Lozt, era imposible entender otra cosa que el conjunto de la actividad del Gobierno para conseguir los fines del Estado en toda su extensión. (Fernando Garrido Falla: «Las transformaciones del concepto de policía administrativa», p. 13).

²⁰ Alejandro Nieto García: «Algunas precisiones sobre el concepto de policía», p. 38.

²¹ Parada Vázquez: *Op. cit.*, p. 381.

²² Nieto García: *Derecho administrativo...*, p. 178.

servicios públicos—, incluso, cuando logró comprobarse que la actividad sancionadora era plenamente individualizable, respecto a la de limitación de derechos y las de los particulares,²³ como aquella sería concebida.

Si bien «la actividad de policía administrativa —como señala Fuentes Bardají— es una actividad objetiva y ordinaria de la Administración; que impone limitaciones de derechos y que persigue la comprobación de que los interesados ajustan su actividad a las autorizaciones previas y norma reguladora de su actividad»²⁴ y que la actividad sancionadora, por su parte, presupone una infracción o conducta antijurídica por la cual se es sancionado, es imposible sostener, en cuanto a esta, que se está limitando un derecho; no hay limitación jurídica donde hay conducta contraria a Derecho. En todo caso, la causa que da origen al acto sancionador es sustancialmente distinta a la de otros actos limitativos (autorizaciones previas, mandatos, prohibiciones), y las cuestiones y problemas jurídicos a que da lugar la actividad sancionadora son, también, diferentes a los que origina la limitación, dado que esa actividad (o norma sancionadora) tiene naturaleza garantizadora de cualquier otro tipo de actividad administrativa.²⁵ En virtud de estos argumentos, es inapropiado considerar, en la actualidad, la potestad sancionadora de la administración pública como emanada de *policía*.²⁶ Estas ideas resumen una de las consideraciones establecidas para explicar el origen de la mencionada potestad.

Antecedente en Cuba

Un aspecto que marca el contexto en el cual se desenvuelve la potestad sancionadora de la administración pública —no así del Derecho administrativo sancionador, por no constituir parte de este, sino del Derecho penal como rama ordenadora, y que deriva de tendencias minimalistas de este— lo constituye la variante establecida en el apartado 3 del Artículo 8 del Código penal vigente.

La inclusión de dicho apartado en el Código penal es una modificación introducida por el legislador, que obedece a una política de despenaliza-

²³ *Ibid.*, p. 179. Alrededor de estos últimos vocablos, se resume el nuevo contenido que, a partir de entonces y hasta nuestros días, adquirió el concepto de *policía*. (Parada Vázquez: *Op. cit.*, p. 380).

²⁴ Joaquín de Fuentes Bardají: *Manual de Derecho administrativo sancionador*, t. 1, [s.p.].

²⁵ Parada Vázquez: *Op. cit.*, p. 381.

²⁶ Nieto García indica que «[...] el moderno concepto de Policía [...] ha adquirido un contenido tan distinto del tradicional que ya resulta imposible incluir en él, sin más la potestad sancionadora. De ahí que en trance de reintegrar en la Administración la potestad administrativa sancionadora, me haya también despegado de la tesis policial y haya terminado conectando la potestad con el concepto genérico de la gestión, o si se quiere, de la intervención [...]». (Nieto García: *Derecho administrativo...*, p. 92).

ción. Esta alternativa tiene su antecedente en el Artículo 342, apartado 2, de la Ley No. 62 de 1987, y se pone en vigor mediante el Artículo 1 del Decreto Ley No. 175, de 17 de junio de 1997, que quedó redactado como sigue:

En aquellos delitos en que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de un año de privación de libertad, o de multa no superior a trescientas cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al Tribunal, imponer al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del hecho.²⁷

Ese contenido fue modificado por el Decreto Ley No. 310, de 29 de mayo de 2013, en función de ampliar la competencia a la llamada *autoridad actuante*, con lo que se ratifica la voluntad política del Estado, expresada en ley, de mantener esta importante manifestación de la potestad sancionadora de la administración pública, decisión que arrastra tras sí todo un conjunto de inconvenientes práctico-legales que deben ser tenidos en cuenta para el futuro de la legislación, en materias penal y administrativa.

Inadecuada delimitación entre el Derecho penal y el administrativo sancionador

Cuando se procede a la lectura del citado precepto legal, el cual constituye un principio de oportunidad reglada, lo primero que destaca es que la potestad sancionadora de la administración pública entra a tomar parte, no en virtud de conductas previamente tipificadas en la ley, como contravención administrativa o delito —que, dada sus características, amerita ser tratado por un orden legal diferente al habitualmente utilizado, cuando se producen y concurren todas las circunstancias que hacen posible corroborar su existencia—, sino en razón de sanciones preestablecidas de reducida dimensión (señaladas solo para determinados delitos y en razón de determinadas circunstancias), que hacen su aplicación más pertinente en relación con la vía penal.²⁸ Además, llama la atención y nos sitúa ante una disyuntiva, lo concerniente a las circunstancias que deben estar presentes para poder acudir a la aplicación de esta alternativa administrativa: la escasa peligro-

²⁷ Ángela Gómez Pérez: *Temas de Derecho administrativo cubano*, t. 2, p. 554.

²⁸ Ángela Gómez indica que «[...] el referente para decidir cuándo interviene el Derecho Penal o cuando el Derecho Administrativo Sancionador, no sería el tipo (norma precepto, como se hacía en la variante del artículo 342) sino en la pena (norma sanción, es decir, menos de un año o multa de 300 cuotas o ambas), y ello en dependencia de las circunstancias del hecho y del autor [...]». (Ángela Gómez Pérez: *Op. cit.*, pp. 554-555).

sidad social,²⁹ características y consecuencias del hecho, y las condiciones personales del infractor. En cada uno de los casos, nos encontramos frente a conceptos jurídicos indeterminados; y ello, más que contribuir a la apropiada puesta en práctica de la potestad administrativa sancionadora, provoca el debilitamiento de su contenido y esencia.

Si se acude, nuevamente, al análisis del citado precepto legal, pero esta vez se contrasta su contenido con lo establecido en la normativa penal, se constata cómo esta alternativa arrastra, tras sí, toda una pluralidad de delitos contra: la administración y la jurisdicción, la seguridad del tránsito en la vía pública, la salud pública, el orden público, la economía nacional, el patrimonio cultural, la fe pública, la vida y la integridad corporal, los derechos individuales, los derechos laborales, el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la infancia y la juventud, el honor, los derechos patrimoniales, y la hacienda pública.

Cuando se analiza lo dispuesto respecto a cada uno de los delitos que integran los grupos de ilícitos penales expuestos, se aprecia, en comparación con otros, cómo su connotación social es menos trascendente. Ello no significa que estemos negando su significación, sino que, reconociendo la que poseen para el mantenimiento y preservación de las relaciones sociales, se haga notar que los efectos que derivan de su comisión no son lo suficientemente gravosos y perjudiciales para la sociedad, en su conjunto, o en aquel que, en sentido específico, resulte lesionado. De manera que, evitando una respuesta penal a estos, por todos los inconvenientes que acarrea la imposición de una pena privativa de libertad, aun cuando sea de corta duración, puedan encontrar resguardo en otro régimen legal menos lesivo que este y, tal vez, más efectivo, si llegara a darse alcance a la referida finalidad.³⁰

²⁹ La peligrosidad social constituye un término que ha sido objeto de cuestionamiento en reiteradas ocasiones. Como señala Quirós Pérez, «la cualidad objetiva de ciertas acciones u omisiones del hombre para ocasionar algún perjuicio significativo, actual o potencial, a las relaciones sociales». Y añade: «La esencia del delito, lo fundamental que caracteriza un comportamiento para invadir la esfera jurídico-penal, para irrumpir con validez intrínseca el campo reservado a lo delictivo, consiste en la peligrosidad social de la acción u omisión de que se trate y esta se define en el terreno de las relaciones sociales. Acto socialmente peligroso será aquel que infrinja las relaciones sociales que respaldan y fortalecen el sistema de relaciones». (Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. 1, pp. 98 y 101).

³⁰ Como refiere Quirós Pérez: «El estado en el ejercicio de la tarea de protección del orden social, no necesita erigir en delito toda acción que ataque o amenace a toda la relación social, [...] sino sólo el ataque o amenaza de las relaciones sociales más necesitadas de esa protección. Esta particularidad del Derecho Penal con respecto a las demás ramas jurídicas resulta decisiva al momento de la penalización o despenalización de un comportamiento concreto, así como al de enjuiciar esas relaciones internas de las diversas ramas jurídicas (incluida la penal). Las normas jurídico penales constituyen un campo excepcional, accedido o abandonado, con respecto al resto del sistema jurídico.

El comportamiento de algunos de los postulados que contempla el Código penal, el cual —mediante el Artículo 8, apartado tres— autoriza la aplicación de un tratamiento administrativo por parte de la autoridad actuante, en lugar de remitir las actuaciones a un tribunal municipal, nos convoca a realizarnos varios interrogantes: ¿tendrá la autoridad actuante la suficiente sapiencia para adoptar esta decisión?, ¿qué disposiciones legales orientan su acertada adopción fuera de la letra del Código penal?, ¿serán lo suficientemente claras las existentes para evitar que se adopten decisiones erradas?, y ¿esta facultad no trae aparejada un grupo importante de inconvenientes en los órdenes legal, constitucional y social, que ameritan modificar la legislación atinente actual?

Recreando los anteriores interrogantes, reflexionamos sobre la determinación de imponer sanciones administrativas por la comisión de delitos a un personal que representa un ente administrativo que carece, en un alto porcentaje de sus miembros, de una formación profesional que le permita valorar acertadamente cuál sería el caso que amerita someterse a la decisión de un tribunal municipal el hecho ventilado, o no, por su connotación, características de este y de sus comisores, consecuencias, etc. Según entrevistas realizadas, se observa cómo se producen fisuras entre la Fiscalía y los miembros del Ministerio del Interior, debido a la incompreensión de estos últimos en relación con los argumentos esgrimidos por los primeros, poniéndose al descubierto el interés de que se procesen judicialmente personas responsables de ilícitos penales de limitada peligrosidad social, por su condición de reincidentes, o por ser las mismas que son señaladas por información de carácter secreto, que están incidiendo en la complejización de una situación operativa; así como el interés por mejorar indicadores estadísticos tales como: el nivel de esclarecimiento y la cifra de atestados directos presentados al tribunal correspondiente. Por otro lado, la instrumentación del procedimiento a seguir por parte estos compañeros, no está lo suficientemente adjetivado, generándose disposiciones complementarias —por mandato del propio legislador— las que no siempre son claras, precisas y ciertas para su aplicación. Está demostrado, también, según estudios realizados por académicos del Derecho, entre los que se destaca el dirigido por la doctora Ángela Gómez Pérez y que se diera a conocer en un artículo publicado en el libro-anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas del año 2004, nombrado «Estudio sobre la aplicación del artículo

El elemento determinante de este acceso o ese abandono es la peligrosidad social de la acción. La acción efectiva del Derecho Penal solo debe desplegarse cuando del examen previo del objeto de la protección o de la forma de la conducta, se arribe a la conclusión de que la influencia intimidante de otros campos de coerción estatal no se estime lo suficientemente persuasiva. Siempre que la reparación del daño a la relación social pueda obtenerse por medio de sanciones no penales, el empleo de la sanción penal aparece injustificado, excesivo o inidóneo». (Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 103).

ocho, apartado tres del Código Penal» que en los casos de delitos con pluralidad de autores, en los que solo resulten beneficiados algunos de ellos con esta alternativa —haciéndose uso de la disposición cuarta de la Orden 15 del general de brigada Jesús Becerra Morciego, jefe de la Dirección General de la Policía Nacional Revolucionaria, de 15 de agosto de 2013—, estos pierden su estatus y, por lo general, se convierten en testigos que están en la obligación de declarar en el juicio oral todo lo que sepan de los hechos y del resto de los autores, creándose una situación difícil para estas personas que fueron coautores, además, puede resultar una cobertura manejable por las autoridades a su antojo.

Otro inconveniente es que muchas de las víctimas de los hechos que reciben una medida administrativa, en lugar de una penal, no se contentan con esa decisión, por disímiles razones, entre las cuales tenemos la no satisfacción de la responsabilidad civil correspondiente, el desconocimiento sobre el desenlace final para el caso que les perjudicó, no reparándose el daño material ni moral causado, entre otras. El Derecho en cualquier tiempo exige correspondencia entre norma y realidad, lo que obliga al legislador a una constante búsqueda por hacerlas coincidir a partir de un precedente investigativo que arroje luz sobre el sendero de una sabia política criminal, cuestión que trata de salvar el Decreto Ley No. 310, cuyos resultados están por verse. Además los acusados se benefician con esta alternativa, después de haber sufrido detención por algunos días, y no dentro de las primeras 24 horas con que cuenta la policía para determinar la situación legal del reo.

También es válido el cuestionamiento sobre las imprecisiones de las que padece este precepto legal, lo cual da lugar a que se realicen interpretaciones diferentes por los operadores del Derecho, dada su letra abierta, constituyendo elementos esenciales para su aplicación la escasa entidad de los resultados, la reducida significación económica o social, las condiciones personales del infractor, las características y consecuencias del hecho, por lo que debemos tratar de respondernos, entonces, las siguientes preguntas: ¿hasta dónde es posible hablar de escasa entidad de los resultados?, ¿hasta dónde de reducida significación económico-social del hecho?, ¿qué condiciones personales del autor deben tenerse en cuenta para poder identificar un hecho como de reducida entidad?, ¿qué características debe revestir un hecho y qué consecuencias deberá o no producir para que pueda ser catalogado como de escasa peligrosidad social?

Hasta nuestros días, la peligrosidad social se erige en una categoría jurídica a la que usualmente se recurre para definir o tipificar una conducta como delito o contravención, categoría que dada su falta de concreción, devenida de la propia indefinición que poseen los elementos a partir de los cuales esta se identifica, no ofrece la claridad suficiente a fin de poder determinar de manera adecuada, como señalaba anteriormente, el Dere-

cho sancionador —administrativo o penal— que ante determinado hecho corresponde aplicar. Tampoco debe concebirse la peligrosidad social como una categoría capaz de delimitar por sí sola ambos sistemas punitivos, y así lo ha demostrado, sobre todo cuando la práctica indica que existen otros aspectos —como la reincidencia y la multirreincidencia— que también son tenidos en cuenta al momento de determinar si el conocimiento de un hecho corresponde al Derecho administrativo sancionador o traspasa dicho ámbito y, por tanto, debe ser objeto de tratamiento por el Derecho penal.³¹

En correspondencia con lo anterior, una de las problemáticas a las cuales se enfrentan nuestros operadores del Derecho, deriva precisamente de la definición tan abierta que muestra la categoría *peligrosidad social*, pues al no estar debidamente precisados y detallados los elementos subjetivos y objetivos de los cuales se hace depender la peligrosidad, o no, de un hecho, deja a la discrecionalidad de la autoridad actuante su determinación. Ello trae consigo en el orden práctico otra dificultad no menos importante y es la falta de uniformidad en las decisiones que son adoptadas por dichos entes, en tanto lo que para algunos operadores jurídicos pudiera constituir un delito sancionable por el Derecho penal, para otros pudiera ser todo lo contrario, una contravención cuya sanción corresponde ejercitar por vía administrativa, dando margen a posibles arbitrariedades.

Teniendo en cuenta lo preceptuado en la normativa penal sustantiva y contravencional vigente, otra problemática se advierte y es la que resulta de los elementos que son utilizados para definir los ilícitos que, en virtud de dichas normas, alcanzan una doble tipificación —contravención/delito—.³² Como puede apreciarse, no existe diferenciación alguna en cuanto a la definición que de estos ilícitos se ofrece aun cuando responden a ordenamientos jurídicos sancionadores diferentes, ya que los elementos a partir de los cuales se definen, bien se configuren en contravención o delito, son coincidentes. Ya lo advertía la doctora Ángela Gómez cuando señalaba que

los elementos que definen nuestro ilícito contravencional coinciden con los utilizados para definir el delito, solo median entre uno y otro razones de predeterminación normativa y de gradación de estos elementos, pues mientras que el supuesto típico delictivo queda abierto a la acción u omisión del agente comisario, sujeta a muchas variantes subjetivas y objetivas, en el supuesto contravencional la conducta constituye una infracción de una disposición normativa.³³

³¹ Es esto lo que sucede, por ejemplo, con la infracción de evasión fiscal, para lo cual sugiero leer el Artículo 111 del Decreto Ley No. 169, «De las normas generales y de los procedimientos tributarios».

³² Sugiero leer los artículos: 1 u, g, ñ, o, p, t; y 4 b, c y ch, del Decreto No. 141 de 1988 y 191, 201.1, 219.1, 230 a, 240.3, 300.4, 303 b, 303 c y 228.1, del Código penal vigente.

³³ Ángela Gómez Pérez: «Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba», p. 44.

Las normas especiales de carácter contravencional tampoco han sido elaboradas con el nivel de claridad y de diferenciación que se requiere en relación con las de carácter penal, a fin de poder determinar de manera adecuada cuándo un hecho se instituye como contravención o, por el contrario, deviene ilícito penal;³⁴ lo que incide en la aplicación pertinente de dichas normas.

A lo anterior se añade el hecho de que existen disímiles disposiciones legales —Decreto No. 141 de 1988, Código penal cubano, vigente al amparo del Artículo 8.3, y normas contravencionales específicas— que confluyen sobre unas mismas conductas infractoras. Si bien ello resulta beneficioso para el sujeto infractor, en el sentido de que la existencia de diferentes disposiciones jurídicas amplía las posibilidades de sanción del comportamiento ilícito en el que ha incurrido, lo cierto es que esta colisión de normas dificulta sobremanera su apropiada implementación, pues da lugar a confusiones que en muchos casos conduce a la aplicación de la normativa que no es la que amerita el ilícito cometido.³⁵

La implementación del Derecho administrativo sancionador también se encuentra lacerada por la existencia de cuerpos normativos que como el Decreto No. 141 sobre «Contravenciones del orden interior» —en el cual centro la atención—, no se atemperan a nuestra realidad económico-social

³⁴ Ello se ratifica con lo que, en su Artículo 1, establece el Decreto Ley No. 99, «De las contravenciones personales»: Constituirá contravención la infracción de las normas o disposiciones legales que carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus resultados». Lo que a su vez se corrobora con lo que establece el Código penal cubano en sus artículos 8.1 y 8.2, respectivamente: «Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal»; «No se considera delito la acción u omisión que, aún [*sic*] reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor». (*Vid.* Decreto Ley No. 99, «De las contravenciones personales», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 12, ed. extraord., 25 de diciembre de 1987, La Habana, p. 91; Ley No. 62, de 30 de abril de 1988, Código penal, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular, el 29 de diciembre de 1987, y reformada por la Ley No. 87 de 1999).

³⁵ Huergo Lora señala, como causa de esta problemática, la falta de diferenciación existente entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador y, en este sentido, establece que «la indiferenciación entre ambos sectores ordinamentales produce consecuencias negativas [...] puesto que, al permitir al legislador variar a voluntad el límite de ambos, le hace posible castigar con penas conductas nimias (penalizando de manera desproporcionada a los ciudadanos) o prever la imposición de sanciones administrativas muy graves, degradando el nivel de protección jurídica de que van a disfrutar los particulares a quienes se impute la comisión de las correspondientes infracciones. La existencia de dos potestades punitivas paralelas solo tiene sentido si se coordinan entre sí de alguna manera (como ocurre por ejemplo con la potestad legislativa y la reglamentaria), pero no si son equivalentes, pues en este caso toda diferencia entre el nivel de garantías de una y otra (que la hay necesariamente) resulta injustificada y arbitraria». (Alejandro Huergo Lora: *Las sanciones administrativas*, p. 34).

actual. Si analizamos su contenido, por ejemplo, podremos advertir que la cuantía de las multas previstas en concepto de sanción es muy baja,³⁶ lo que en modo alguno se corresponde con los requerimientos actuales, trayendo consigo que el referido Decreto no cuente con el rigor que de él se exige desde hace ya algún tiempo. Ello tiene su razón de ser en que las circunstancias que condujeron a su conformación inicial no han permanecido inmutables en el tiempo, por tanto, difieren de las que se hace depender en nuestros días su existencia. Como consecuencia de lo anterior, se ha reducido de manera significativa la aplicación de este cuerpo legal.

Pero véase que he analizado solo cuestiones de forma, prácticas, colaterales y no de fondo, que resultan aun más importantes, y para ello sugiero hacer una lectura interpretativa del Artículo 59 de la Constitución de la República de Cuba, la que nos hace entender que solo los tribunales pueden asumir decisiones ante la comisión de delito, al disponer, en su primer párrafo, lo siguiente: «Nadie puede ser encausado ni *condenado* sino por *tribunal* competente en virtud de leyes anteriores *al delito* y con las formalidades y garantías que estas establecen». Es decir que solo los órganos judiciales están dotados para ofrecer la pena imponible a las personas responsables de conductas tipificadas como delitos en nuestra ley penal sustantiva, lo que excluye a cualquier órgano administrativo.

En idéntico sentido se pronuncia la Ley de procedimiento penal, desde su primer postulado, al disponer que «la *justicia penal* se imparte en nombre del pueblo de Cuba. No puede imponerse sanción o medida de seguridad sino de conformidad con las normas de procedimiento establecidas en la ley y en virtud de resolución dictada por *Tribunal competente*». Así continúa el Artículo 4 dejando claro que «corresponde a los *Tribunales Populares de lo penal* el conocimiento de los procesos que se originen *en virtud de la comisión de hechos punibles comunes* y contra la seguridad del Estado [...]», dentro de los que se encuentran —los resaltados por la letras cursivas— toda la gama de delitos cuya sanción no excede los tres años de privación de libertad o multa de hasta 1000 cuotas, o ambas, a los que según el contenido del precitado Decreto Ley No. 310, puede imponer una multa administrativa la autoridad actuante.

De ahí que podamos afirmar que el Artículo 8.3 del Código penal, más que dar la posibilidad de que se cometan muchos errores que la población aprecia como injustificables, es un precepto que transgrede la Constitución y, más allá, la Ley de procedimiento penal.

Otra realidad es la de asignar a un fiscal la posibilidad de determinar una medida alternativa a la respuesta penal, lo que consta previsto de alguna manera en el Decreto Ley No. 310, al imponer la obligación de que aquel

³⁶ Vid. Decreto No. 141 de 1988, sobre «Contravenciones del orden interior», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 6, ed. extraord., 25 de marzo de 1988.

apruebe esta decisión, para los hechos cuyas penas por su comisión oscilan entre uno y tres años de privación de libertad, lo cual igualmente sería criticable por los mismos fundamentos expuestos, con la diferencia de que ostentaría dicha facultad con efectos correctivos un funcionario público, graduado en leyes, operador activo del Derecho, dotado de las indicaciones que sobre política penal se imparten en el país, ostentador de la acción penal y del control de la legalidad, según articula en primer término la ley de leyes.

Por otra parte, una variante más apegada a los fundamentos doctrinales relacionados con el *ius puniendi* del Estado, el cual delega la responsabilidad de impartir justicia en los tribunales, podría ser conceder esta atribución a un juez que, en nuestra realidad actual podría ser el juez encargado de la actividad de atención, control e influencia sobre las personas que extinguen sanciones en libertad, o más conocido como juez de ejecución, con cuyo nombre no se entendería con esa función, puesto que se trata de una persona que, con otras funciones dentro de los tribunales municipales populares, funciona de forma unipersonal, tiene facultades judiciales, trabaja un área cercana a la materia penal, y derivan en él y en sus asistentes judiciales en la mayoría de los casos, el resultado de los procesos penales en los que se opta por imponer sanciones privativas de la libertad, pudiendo manejar la posibilidad de actuar ofreciendo una solución menos agresiva al caso, sobre la base del principio de última *ratio* del Derecho penal.

Sin embargo, lo más apropiado para resolver la problemática planteada es despojar de la ley sustantiva penal vigente —Código penal— aquellas conductas menos peligrosas a la convivencia social y tranquilidad ciudadana, en su mayoría aquellos cuya pena por su comisión no excede el año de privación de libertad o la multa hasta 300 cuotas, dejando a los jueces profesionales y legos pertenecientes a nuestros tribunales la facultad de juzgar las que se mantengan, y entender como infracciones administrativas o contravenciones las primeras, y como tal, prever las consecuencias y entes administrativos responsabilizados de darle tratamiento; no bastando, a mi juicio, la posibilidad de poder impugnar una decisión administrativa mediante el recurso de apelación, reforma o alzada, para justificar la potestad sancionadora otorgada a la administración pública.

Dicho de otro modo, la administración pública goza, a diferencia de otros órganos del Estado, de determinadas prerrogativas, que la hacen titular de un conjunto de potestades: organizatoria, expropiatoria, disciplinaria, reglada, discrecional, reglamentaria y sancionadora, a partir de las cuales puede organizarse a sí misma, llevar a cabo la expropiación de determinados bienes en tanto un interés o necesidad pública así lo requiera, sancionar disciplinariamente a quienes se desempeñen en su ámbito interno, como dirigentes o funcionarios, emitir reglamentos o sancionar correctivamente a los particulares que quebranten las disposiciones contravencionales

vigentes. Pero de los actos administrativos que se emitan, en virtud del ejercicio de alguna de estas potestades, pudiera tener lugar la afectación de intereses y derechos legítimos del ciudadano o del administrado, ante lo cual cabe la posibilidad de reclamar en la vía administrativa y a lo que está obligada a responder la administración pública, conforme al principio de autotutela que rige su actuar. Sin embargo, aun cuando esta pueda responder ante la reclamación interpuesta a favor del reclamante e incluso resarcir los daños y perjuicios ocasionados, cabe la posibilidad de que no siempre suceda así y se lacere de manera significativa la libertad o algún derecho legítimo del ciudadano con su actuar, e incluso, con su no actuar, razones que motivan los criterios enunciados.

BIBLIOGRAFÍA

- Aftalión, Enrique R.: *Derecho penal administrativo*, Ediciones Acayú, Buenos Aires, 1955.
- Antón Oneca, José: *Derecho penal*, Editorial Akal, Madrid, 1986.
- Bacigalupo, Enrique: *Principios del Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Editorial Akal, Madrid, 1998.
- Bonesana, César: *Tratado de los delitos y las penas*, Heliasta S.R.L, Argentina, 1993.
- Borges, Milo, A.: *Compilación ordenada y completa de la legislación cubana (1899-1950)*, vol. I (1899-1936), 2.ª ed., Editorial Lex, La Habana, 1952.
- Bustos Ramírez, Juan y Malerée Hernán Hormazábal: *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Trotta, Madrid, 1997.
- _____ : *Lecciones de Derecho penal*, vol. II, Trotta, Madrid, 1999.
- _____ : *Manual de Derecho penal español*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- Cano Campos, Tomás: «*Nom bis in idem*, prevalencia de la vía penal, teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador», en *Revista de Administración Pública*, no. 156, septiembre-diciembre, Madrid, 2001.
- _____ : «Derecho administrativo sancionador», en *Revista de Administración Pública*, no. 43, enero-abril, Madrid, 1995.
- Cassagne, Juan Carlos et al.: *El Derecho administrativo iberoamericano*, INAP, Granada, 2005.
- _____ : *Derecho administrativo*, t. 1, 7.ª ed., Editorial Lexis Nexos, Buenos Aires, 2002.
- Cerezo Mir, José: *Curso de Derecho penal español*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Cobo del Rosal, M. y T. S. Vives Antón: *Derecho penal, parte general*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.
- Colectivo de autores: *Temas de Derecho administrativo cubano*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

- Coscolluela Montaner, Luis y Mariano López Benítez: *Derecho público económico*, Editorial Lustel, Madrid, 2007.
- _____ : *Manual de Derecho administrativo*, t. 1, 14.^a ed., Thomson, Madrid, 2003.
- Cruz Ochoa, Ramón de la: «Derecho penal del enemigo ¿Una solución aceptable?», en *Colección Jurídica*, no. 33, 2005 (ed. digital), [s.m.d.].
- _____ : «Control social y Derecho penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 17, enero-junio, La Habana, 2001.
- Cuello Calón, Eugenio: *Derecho penal. Parte general*, t. 1, 16.^a ed., Bosch, S.A., Barcelona, 1974.
- Fernández Carrasquilla, Juan: *Derecho penal fundamental*, t. 1, 2.^a ed. (2.^a reimp.), Editorial Temis S.A., Bogotá, 1989.
- Fuentes Bardají, Joaquín de: *Manual de Derecho administrativo sancionador*, t. 1, 2.^a ed., Arazandi, S.A, España, 2009.
- García Martín, Luis: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- García-Pablos de Molina, Antonio: *Introducción al Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- Gargerí Llobregat, José: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, S.A, Madrid, 1989.
- Garrido Falla, Fernando: «Las transformaciones del concepto de policía administrativa», en *Revista de Administración Pública*, no. 11, mayo-agosto, Madrid, 1953.
- Gómez-Ferrer Morant, Rafael (coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, S.A. Madrid, 1989.
- Gómez Pérez, Ángela: *Temas de Derecho administrativo cubano*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- _____ : «Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba» (tesis en opción al grado de Dra. en Ciencias jurídicas), La Habana, 2001.
- Huergo Lora, Alejandro: *Las sanciones administrativas*, Editorial Lustel, Madrid, 2007.
- Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá: *El Derecho penal del enemigo*, Thomson, Madrid, 2003.
- Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, t. 1, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1950.
- Liszt, Frank Von: *Tratado de Derecho penal*, 2.^a ed. Editorial Hijos de Reus, Madrid, 1917.
- Lucas, Javier de et al.: *Introducción a la teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1992.
- Mattes, Heinz: *Problemas del Derecho penal administrativo*, t. 1, Ederesa, España, 1979.

- Merkel, Adolfo: *Teoría general del Derecho administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid [s.a.].
- Montesquieu, Charles Louis de: *Del espíritu de las leyes*, 10.^a ed., Porrúa, México, 1995.
- Nieto García, Alejandro: «Algunas precisiones sobre el concepto de policía», en *Revista de Administración Pública*, no. 81, septiembre-diciembre, 1976.
- _____: *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- Palma del Teso, Ángeles de: *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996.
- Parada Vázquez, Ramón: *Derecho administrativo*, t. 1, 15.^a ed., Editorial Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2004.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Roxin, Claus: *Problemas básicos del Derecho penal*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1976.
- Sainz Cantero, José A.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Bosch. Barcelona, 1982.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín: *Derecho administrativo*, t. 2, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.

EL CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL

M.Sc. Neuris Rigñack Fonseca¹
jueza profesional, TPP de Holguín

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA se materializa mediante el ejercicio de las potestades conferidas por el ordenamiento jurídico, el que organiza, determina y rige el ejercicio del poder de la administración, a partir de principios y disposiciones normativas; pero la multiplicidad de actividades que esta debe desplegar diariamente implica que, para la consecución de sus fines y la materialización de sus objetivos, se le confiera una flexibilidad a su actuación. Ello —sobre la base de apreciaciones subjetivas—, en cada caso concreto, permitiría la consecución del interés general que le ha prefijado el legislador.

Todo lo anterior, unido a que la realidad social y sus diferentes maneras de manifestarse no pueden ser totalmente previstos y perfectamente abarcados por el legislador en las disposiciones normativas, justifican la existencia de la potestad discrecional de la cual disfruta la administración. No obstante, el principio de legalidad, que perfila la actuación del Estado, hace de la potestad discrecional una conjunción e imbricación con el Derecho que la limita y, al mismo tiempo, hace posible su existencia.

Resulta indispensable determinar el alcance legal del acto administrativo, que nace del ejercicio de la potestad discrecional y de la medida en que sus efectos y consecuencias respetan los derechos y garantías de los administrados; de ahí, la necesidad de ajustar las disposiciones normativas, en pos de un control judicial efectivo, mediante la revisión de los elementos reglados, contenidos en el acto administrativo discrecional por un órgano jurisdiccional que supervise y avale su actuar. Los efectos que se derivan de la inexistencia de mecanismos de control judicial generan impunidad del actuar de esta y su alejamiento de sus fines fundamentales, en detrimento de las garantías de los ciudadanos, a los que se deja indefensos, al propio tiempo que condiciona un estado de desconfianza en las instituciones estatales.

Este asunto reviste una especial importancia, dadas las limitaciones que, en la legislación ordinaria y en las disposiciones emitidas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), impiden la

¹ Tutora: M.Sc. Orisell Richards Martínez.

utilización del mecanismo de control judicial de la potestad discrecional administrativa, lo que se hace necesario propiciar, en estos momentos, para acrecentar la credibilidad y estabilidad en el funcionamiento de la administración pública y su relación con los administrados, para la materialización del interés general.

Premisas necesarias para el ejercicio de la función administrativa

El Estado realiza sus funciones gracias a la dinámica actividad de la administración pública.² Cada administración funciona en correspondencia con el tipo de Estado en que se desarrolle, de lo que desprende las necesidades e intereses de la colectividad que le interesa proteger especialmente. Los intereses de la colectividad hacen ineludible la existencia de los poderes que detenta la administración pública. Bustelo Vázquez coincide en afirmar que, precisamente el interés público es el que justifica la extensión del poder que es preciso reconocerle a la administración³

El contenido del interés general que protege el Estado, mediante la actividad de la administración pública, depende de las concepciones políticas, ideológicas, morales, sociales y económicas de este, pues ello determina el contenido y la forma de las acciones y disposiciones legales, la forma de actuación de aquella y la manera en que se trazan los objetivos para satisfacer el interés general.

A finales del siglo XVIII, con la Revolución Francesa, aparecen dos principios políticos de actuación de la administración pública: el de sometimiento a la ley y el de libertad individual, que van a perfilar y regir, posteriormente, el Derecho administrativo y el actuar de la administración.⁴

El principio de legalidad es un requisito necesario para la actuación administrativa y, a la vez, un límite, pues la administración no puede emprender ninguna actuación sin que previamente haya sido aprobada una norma que la habilite para ello; de ahí, su sumisión al ordenamiento jurídico. Tanto es así que «la actividad de la Administración solo es jurídicamente correcta cuando tiene un concreto y explícito fundamento legal, la Administración no puede decidir libremente, su actuación es obligada y por tanto jurídicamente exigible»,⁵ cuestiones que la obligan a motivar sus decisiones desde el Derecho.

² «La parte más dinámica de la estructura estatal, pues actúa en forma permanente y sin descanso». (Miguel Acosta Romero: *Teoría general del Derecho administrativo*, p. 106).

³ Manuel Bustelo Vázquez: *La lesividad de los actos administrativos*, p. 8.

⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho administrativo*, t. 1, p. 25.

⁵ Catalina Escuin Palop: *Curso de Derecho administrativo, parte general*, p. 229.

García de Enterría defiende el Derecho como condicionador y determinante de la acción administrativa, la que no es válida, si no responde a una previsión normativa.⁶

La observancia de la legalidad se refiere al acatamiento de la ley, en su acepción formal, y al resto de las normas y principios que integran el ordenamiento jurídico y las disposiciones normativas con efectos sobre la administración pública. Se vincula a las normas derivadas del ejercicio de la función legislativa y al producto normativo que emana de la acción de su potestad reglamentaria. El principio de legalidad entraña la correspondencia y la observancia de las disposiciones y el respeto al principio de jerarquía normativa.⁷

La administración solo podrá actuar y regular hasta donde el ordenamiento le permita. «El principio de legalidad opera básicamente, atribuyendo a la Administración potestades o posibilidades de actuación pues la potestad permite la creación de relaciones jurídicas, de las que surgen derechos y obligaciones, tanto para la Administración como para los ciudadanos».⁸

García de Enterría reconoce que «el principio de legalidad cumple una función primordial en el otorgamiento de potestades imprescindibles para el actuar administrativo, consagrando a la norma jurídica como límite y condición».⁹

La potestad discrecional nos muestra la posición en la que se ubica la administración, definitoria de su *imperium*, derivada del ordenamiento jurídico y al margen de la aceptación del administrado.

Las potestades constituyen un mecanismo de dominación con respaldo o cobertura jurídica que las legitima. Consisten en la posibilidad de decidir —en el marco de competencia de un órgano en específico— las acciones de los otros obligados. Las potestades pueden ser clasificadas en *regladas* o *discrecionales*. Las primeras están sometidas al ordenamiento jurídico, pues la ley determina cada una de las condiciones de su ejercicio, y su uso reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido, de manera completa, y a aplicar lo que la ley, previamente, ha determinado.

⁶ Eduardo García de Enterría: *Hacia una nueva justicia administrativa. Los ciudadanos y la administración*, p. 36.

⁷ «Un principio fundamental, íntimamente ligado al de la legalidad, es el principio de jerarquía de las normas. Según este principio, la ley ordinaria está subordinada a la Constitución y, a la vez, ocupa un lugar más alto en la escala jerárquico-normativa en relación con los decretos-leyes, decretos, reglamentos, disposiciones, etc. De manera que corresponde también al principio de la legalidad destacar que todos los órganos del Estado y sus funcionarios, así como todos los ciudadanos, deben acatar el principio de jerarquía de las normas, y cuidar de que la Constitución y las leyes se mantengan en el plano más alto de la escala normativa». (F. Álvarez Tabío: *El proceso contencioso administrativo*, p. 56).

⁸ Vicente Escuin Palop: *Introducción al Derecho público*, p. 100.

⁹ García de Enterría sostiene el criterio de que «la legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera y habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos», p. 449.

Las potestades discrecionales de la administración permiten la materialización del interés público y autorizan la actuación administrativa ante la ausencia de previsión del legislador para la solución de un caso concreto, lo que requiere de un ejercicio intelectual de aquella, para dar solución a este, sobre la base de un profundo análisis del precepto legal habilitante para el ejercicio de la potestad discrecional.

La potestad discrecional

La administración tiene, como tarea, concretar y aplicar la idea de interés público que la ley expresa, interpretar jurídicamente lo que esa noción significa, y justificar la decisión que se adopte en criterios jurídicos, no políticos.

Para Catalina Escuin Palop, «la discrecionalidad es una facultad de libre apreciación de la Administración para que decida libremente ante determinadas circunstancias».¹⁰

La discrecionalidad es un mecanismo de solución y un elemento indispensable para el logro de una administración que actúe de forma eficiente y eficaz. Su función es contribuir al desenvolvimiento de la actividad administrativa; de lo contrario, aquella debería esperar que la disposición normativa le ofrezca un ámbito de actuación para cada acción no prevista por el legislador, con lo que incurriría en dilaciones indebidas que repercuten negativamente en la esfera de los administrados, para quienes, una acción extemporánea se convertiría en desprotección de sus intereses y de los principios que han de regir su actuar. Para el legislador, es imposible redactar leyes que prevean respuestas para todos los posibles casos y hechos que se suscitan en la cotidianidad, ya que la vida es mucho más rica que la previsión que pudiera hacer este. La existencia de la potestad discrecional es imprescindible para la seguridad jurídica y el interés general, pues soluciona diferentes situaciones, a medida que estas se presenten y, con ello, contribuyen al desenvolvimiento de la actividad administrativa.

La discrecionalidad supone un acto de delegación del ordenamiento jurídico en la administración; no puede existir al margen de la ley, sino en virtud de ella y sus disposiciones. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total, sino parcial, pues debe observar y respetar determinados elementos que aquella señala.

A la administración es a quien más debe interesarle que sus actos estén sujetos al Derecho, pues, de esa manera, lograría una mayor transparencia en su actuación y así sería vista por los destinatarios de su acción y, por supuesto, sería una garantía a la materialización del interés público.

El criterio del interés público, en la discrecionalidad administrativa, encuentra sustento, fundamentalmente, en el fin o propósito, como elemento

¹⁰ Escuin Palop: *Curso de Derecho...*, p. 242.

clave de toda potestad discrecional, y se constituye en base fundamental para medir la legalidad de los actos, habida cuenta de que la administración se convierte en intérprete del interés público, y es el funcionario quien debe juzgar la oportunidad del acto, con lo que niega que exista discrecionalidad para elegir los fines, lo que denotaría arbitrariedad.

Para la existencia de la facultad discrecional, debe existir una coherencia que transite, desde la habilitación legal hasta el objeto que se persigue, con respeto a las formas que deben revestir los actos. De ahí, la importancia del control judicial para evitar actos arbitrarios de la administración, máxime si se tiene en cuenta que no basta con indicar la sujeción al orden jurídico, si no se crean mecanismos eficaces de control.

Tal como refiere Cañizares Abeledo,

la discrecionalidad no puede ser igual a conceptos jurídicos indeterminados, por el contrario, es libertad de opción entre alternativas igualmente justas, no incluidas en el texto de la ley y, por ello, dejadas en la decisión al juicio subjetivo de la Administración y en los conceptos jurídicos indeterminados no cabe pluralidad de soluciones justas, sino una sola, aunque a veces difícil de determinar.¹¹

Los conceptos jurídicos indeterminados son expresiones contenidas en la ley que denotan generalidad. Estas pueden ser: interés público, utilidad pública, otras conductas impropias, solución más favorable, etc., en cuyos enunciados, los límites no se aprecian claramente, pero ellas enmarcan un supuesto o un conjunto de aspectos.

La indeterminación del concepto permite ser encuadrado y precisado en el momento de su aplicación. Solo requiere un análisis específico en el caso concreto. La libertad del órgano administrativo, ante la indeterminación, se circunscribe solo a la apreciación, al individualizar la única actuación legalmente posible para atender el interés general.

Estos conceptos son expresiones lacónicas, cuyas palabras no describen, casuísticamente, un supuesto de hecho, sino que remiten a una elaboración del pensamiento jurídico que, en contraste con la realidad, solo admite una solución justa o, aplicando la lógica, una única solución, delimitable en el momento de aplicación de la norma. Al decir de Cassagne, «frente a un concepto jurídico indeterminado la Administración se encuentra obligada a la adopción de una única decisión justa posible».¹²

El control del ejercicio de la potestad discrecional

Resulta indispensable revisar la actuación de la administración y controlar que esta no se escape de los límites que le fija el Derecho, sobre todo a

¹¹ Diego Fernando Cañizares Abeledo: *Temas de Derecho administrativo*, p. 237.

¹² J. C. Cassagne: *Derecho administrativo*, t. 2, p. 351.

los efectos de garantizar el necesario equilibrio entre la protección al ciudadano y la salvaguarda del interés público. La administración solo puede disponer lo que la ley ordena y, en tal sentido, obliga a esta a respetar las disposiciones normativas, que le fija límites a su actuación y excluye cualquier posibilidad de abuso de poder.

El ejercicio de la potestad discrecional, por la administración, está sometido a límites jurídicos que la circunscriben al principio de legalidad y le impiden desembocar en la arbitrariedad. Estos límites se manifiestan como un juicio lógico y de valor, en el modo de cumplir sus fines de satisfacción del interés general.

Los derechos subjetivos creados por la administración, también constituyen límites relativos a la discrecionalidad, en sus contenidos reglado y discrecional; y, cuando la administración ejerce la facultad discrecional, debe respetar el cerco protector que ha creado, de manera particular, con su actividad general y especial. De no tenerlo en cuenta, quebraría el objetivo jurídico de la seguridad que, siempre, el Derecho ha de garantizar.

A la administración, le está vedado crear derechos absolutos, pues su función es regular intereses colectivos que, jamás, pueden pertenecer a un sujeto en particular y, a la vez, no lesionar los derechos de los administrados. Para dictar un acto oportuno, que satisfaga con objetividad el interés que custodie la norma, se deben apreciar las condiciones existentes. El fin del acto nacido del ejercicio de la potestad discrecional debe ser concreto, no puede ir más allá de lo que objetivamente autorizó el Derecho; de ahí, otro de los límites del actuar discrecional y que impide la arbitrariedad del acto.

Coscolluela Montaner refiere que «el control de legalidad no se refiere a la legalidad formal sino a la forma o criterios con que se ejerció la potestad por la Administración, lo que obliga a esta a motivar los actos que dicten en el ejercicio de la potestad discrecional».¹³

Conforme Sainz Moreno,¹⁴ los elementos reglados de todo acto discrecional están dados en: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para ejercitarla y la finalidad pública que persigue la potestad, los que podrían interpretarse como elementos esenciales. Sin embargo, pueden existir otros, entre los que se encuentran el tiempo y la forma del ejercicio de la potestad o las limitaciones en cuanto al fondo; en este caso, se trata de elementos eventuales.

El control de los elementos reglados contenidos en la potestad discrecional es, como técnica de control, un fenómeno derivado del ordenamiento, conforme a su vinculación positiva a este, el cual le otorga la competencia para actuar y le precisa las atribuciones.¹⁵ Si se tiene en cuenta que «el

¹³ Luis Coscolluela Montaner: *Manual de Derecho administrativo*, p. 317.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Al decir de Kelsen, «la Administración, al ejercer su potestad discrecional podrá decidir libremente en todas aquellas materias no plasmadas en una regulación concreta en una

derecho crea, otorga y atribuye y regula su ejercicio»¹⁶ —como reconoce Boquera—, ello guarda estrecha relación con la obligación que tiene la administración de motivar sus decisiones discrecionales, a los efectos de evitar decisiones subjetivas o personales, pues la decisión es una formalidad del procedimiento para evitar la arbitrariedad.

La administración, para ejercer una potestad discrecional, debe estar autorizada por la existencia de una remisión del ordenamiento jurídico a un órgano de la administración revestido de competencia para ello, de manera que este, mediante un juicio subjetivo, que habrá de respetar los elementos reglados establecidos por ese propio ordenamiento jurídico, aprecie el interés público en un supuesto dado, cuestión esta que es esencial, a los efectos del control.

Unido a estos elementos, se encuentran otros de suma importancia, como el control de la valoración o ponderación de los hechos y las circunstancias, los que deben basarse en acontecimientos ciertos, reales y palpables; de lo contrario, se desvirtuaría el criterio de oportunidad del acto y la decisión adoptada, como expresara Sánchez Morón.¹⁷

Como límites del actuar administrativo se presentan los principios generales del Derecho, los que constituyen el esqueleto que permite la estructuración de un ordenamiento jurídico determinado, ya que entran en una relación estrecha con los sistemas jurídicos de cada nación y sus condiciones socio-históricas. Estos rigen el nacimiento, la interpretación, la aplicación y la operatividad de las normas jurídicas que regulan las distintas facetas en que se desenvuelve la administración pública.

Los principios generales del Derecho son reglas, escritas o no, sobre las cuales se construye y funciona un ordenamiento jurídico determinado, expresan los valores básicos del ordenamiento y están ubicados al mismo nivel que la ley escrita y determinan el marco reglado al que debe ajustarse la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional.

Los mencionados principios constituyen para el Derecho administrativo y la administración pública las bases y la guía organizativa y funcional de su actuación, pues vinculan cada acción de la administración pública a la consecución de objetivos y finalidades concretas e integrados en un conjunto operacional garantizan la seguridad jurídica. Ellos crean el balance

norma jurídica pero como freno a su actuación surge el concepto de vinculación positiva de la Administración que obliga a que sus actos tengan un amparo en una norma jurídica». (Hans Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 10).

¹⁶ José María Boquera Olivier: *Derecho administrativo*, vol. I, pp. 94 y ss.

¹⁷ «Se debe prestar especial atención en el control de la coherencia lógica del proceso de formación volitiva de la Administración de manera que se verifique que la decisión adoptada sea congruente con los hechos determinantes pues cuando ello no acontezca resultará viciada la decisión». (Miguel Sánchez Morón: «Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa», p. 9).

entre el logro de los objetivos estatales que le han sido confiados a la administración pública y el respeto a las garantías jurídicas de los administrados; por otra parte aseguran que los administrados cuenten al menos con ellos para esgrimirlos en su defensa, ante las posibles incursiones de la actividad administrativa en cuanto a las extralimitaciones de su poder.

Los principios generales del Derecho son límites externos que no pueden ser vulnerados por el contenido de los actos derivados de una actuación discrecional; constituyen el recurso al que el juez puede acudir, en caso de ausencia, insuficiencia o defectos de la ley. Ellos son un claro ejemplo para la revitalización y fortalecimiento de la función de los jueces, como aplicadores del Derecho. Trascienden a un precepto por separado porque, sobre ellos, se alza todo un andamiaje jurídico; y, en su formulación abstracta, abarcan una multiplicidad de situaciones de hecho y de sujetos. No obstante lo anterior, se corre el riesgo de que puedan ser violados por el contenido de los actos obtenidos de una actuación discrecional, conforme expresa Clavero Arévalo.¹⁸

El papel de los principios, con respecto a la discrecionalidad, se determina porque la potestad ejercida no contradice los elementos reglados que convergen en ella, ni la base del deber ser del Derecho, pues las decisiones administrativas no deberán contradecirlos. Entre estos principios se encuentran los de: interdicción de arbitrariedad, razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, buena fe y objetividad, los que tienen estrecha relación

¹⁸ «Dentro de estos principios se destacan el de oportunidad: que se equipara con las normas de buena administración; el de racionalidad que impone la observancia de reglas o normas en la adecuación de la decisión; el de razonabilidad que se opone a lo arbitrario, como prohibición para la Administración de actuar cuando no ofrezca los fundamentos de su actuación, o se funde en elementos inexistentes; igualmente hace referencia al principio de proporcionalidad que impone la correspondencia que debe existir entre la medida que debe adoptarse entre los fundamentos de hecho y la consecuencia y entre los medios y métodos que se empleen para lograr esa consecuencia y el fin que propone la norma; el de buena fe como principio general de actuación para la Administración que debe sentar su actuar sobre las bases de la legalidad y sin hacer incurrir al administrado en el error o utilizando mecanismos que vayan en detrimento de su posición o derechos, y que se sustenta en la confianza legítima; el de equidad que informa y orienta que no se trata de ofrecer igual tratamiento, sino en apreciar con igualdad las circunstancias que concurren, ofreciendo a cada supuesto una valoración justa y equitativa; el de eficiencia y eficacia, en íntima relación con la observancia de todos los anteriores principios mencionados pues la justa utilización de aquellos tributa a estos; el de objetividad normativa como medidor que permite evaluar la correspondencia entre la adecuación de los medios a emplear y la decisión tomada por la Administración, se encuentra relacionado con la mutabilidad de las normas jurídicas que regulan la actuación de la Administración Pública; por medio de este se garantiza la seguridad jurídica frente al poder público y contempla la actualización de las potestades administrativas, el de legalidad ya abordado pues los actos administrativos deben contar con la autorización del derecho y es el elemento diferenciador con la arbitrariedad y el de autotutela que permite a la Administración Pública crear sus propias normas, tomando como base la potestad reglamentaria y de esta manera legitimar su actuar». (Manuel F. Clavero Arévalo: «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico», p. 101).

con los elementos reglados que pueden ser controlados en el acto administrativo discrecional, configuran el actuar de la administración, perfilan la lógica y la congruencia de la solución que debe darse al caso concreto, e impiden, cuando son observados por el funcionario, que el acto nacido contenga vicios que lo hagan inoperante.

El principio de razonabilidad obliga a que todo acto emitido por la administración debe ser motivado, coherente y racional. Este principio de justificación de su actuar demostrará que el acto no es el resultado del capricho de esta, ni de su actuar superficial; sino que partió de un sustento legal y, por tanto, no es arbitrario.

La racionalidad, como principio, permite demostrar si la actuación de la administración, al hacer nacer el acto, resulta congruente con la causa que le dio lugar y con la solución adoptada. Esta técnica de control permite la posibilidad de actuar donde no han logrado incidir el resto de las técnicas e impone el respeto de la administración por los valores jurídicos que subyacen en el ordenamiento y que deberán ser respetados en el ejercicio de la potestad discrecional administrativa.

La real posibilidad de la comisión de errores; inobservancia de los elementos objetivos que revisten el acto administrativo; y la afectación por lesión a los derechos subjetivos de los particulares, con compromiso a la materialización del interés público, por una desacertada actuación de la administración, dejan latente la posibilidad de un uso excesivo y arbitrario del poder de esta, con vulneración a la seguridad jurídica, el debido proceso, el principio de legalidad y los derechos y garantías constitucionales.

Una de las vías de utilización de las técnicas de control enunciadas es el mecanismo de control jurisdiccional, defendido por Catalina Escuin Palop, quien reconoce que el control jurisdiccional está limitado a los aspectos reglados de la potestad o a los hechos que, según la norma, constituyen el presupuesto, y la actividad discrecional incurre en una extralimitación jurídica, por incorrecta apreciación de los hechos que han constituido el presupuesto de la decisión administrativa, en un supuesto de desviación de poder o en una contradicción de algún principio general del Derecho, pues solo en esos casos, los tribunales podrán invalidar la decisión administrativa.¹⁹

Varios autores consideran este mecanismo de control como una vía para perfeccionar el funcionamiento de la administración. Según Bermejo Vera,

esta función fiscalizadora de los jueces de la actuación administrativa contribuye también a administrar mejor, al exigir una justificación cumplida de las resoluciones escogidas en cada caso por la Administración, se obliga a esta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles y a valorar de forma más objetiva —evitando

¹⁹ Escuin Palop: *Curso de Derecho...*, p. 242.

improvisaciones y arbitrariedades— las ventajas e inconvenientes de su actuación.²⁰

El control se debe realizar por parte de un órgano de jerarquía superior al que emitió el acto, por medio del cual se comprueba si la ley le concede competencia para ello, su mérito, si este es oportuno y conveniente y está encaminado a cumplir un fin previo y legítimo. El límite fundamental a una actuación desmesurada del ejercicio de la potestad discrecional, por parte de la administración, es el principio de legalidad.

Siguiendo la idea de Sánchez Morón, cuando se habla del control judicial de la discrecionalidad administrativa, es evidente que se examina este problema desde una perspectiva jurídica, que se piensa en un control de la discrecionalidad en simples términos de derecho.²¹

De ahí que solo puedan ser objeto de control los elementos reglados de la decisión,²² para evitar erosionar los derechos y garantías de los administrados, lo que ha llevado a sostener, desde nuestros predios, que «la actividad discrecional fuera de control debe reducirse a un mínimo a fin de no ofender las garantías individuales».²³

El vínculo entre la administración y la ley, y la actuación de la primera bajo el imperio de la segunda condiciona la virtualidad de la legalidad como principio funcional del Estado mediante aquella; ello es indispensable para entender la influencia del principio de legalidad en el ejercicio de la potestad discrecional, pues de este nexo depende que las administraciones cuenten con un mayor o menor espacio de permisibilidad en su actuar y concretarán los límites para su control.

Fernández Bulté expresa que

la legalidad es un principio de la vida sociopolítica que consiste en la subordinación de toda la vida social y política al imperio de la Ley que debe derivar de la voluntad soberana y mayoritaria de la población y a cuya regulación debe[n] subordinarse el Estado, las organizaciones sociales y políticas y la ciudadanía. La legalidad, como principio sociopolítico, deviene el único método de dirección estatal de la sociedad regida por un Estado de Derecho.²⁴

En este principio es donde, precisamente, la justicia administrativa encuentra su firmeza, toda vez que la administración no es una manifestación soberana; la legitimidad de su actuación no deriva de sí misma, sino de los

²⁰ José Bermejo Vera: *Derecho administrativo básico*, p. 352.

²¹ Sánchez Morón: *Op. cit.*, p. 135.

²² Rodolfo Barra Carlos: *Tratado de Derecho administrativo*, p. 682.

²³ Álvarez Tabío: *Op. cit.*, p. 383.

²⁴ Julio Fernández Bulté: *Filosofía del Derecho*, p. 316.

poderes que externamente se le atribuyen en el ordenamiento jurídico, pues toda acción singular del poder debe estar justificada en el orden jurídico.

Tanto es así que la administración actúa en el ejercicio de las potestades discrecionales, mediante la inclusión, en el proceso aplicativo de la ley, de una estimación subjetiva, en la que dicha subjetividad es una estimación, cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la ley, que ha configurado la potestad y se la ha atribuido a la administración con ese carácter y sobre la base de un interés público.

Siendo de esta manera, ha de entenderse a la legalidad como el principio mediante el cual se evalúa la licitud de las actuaciones de los órganos y organismos del Estado y que sirve de base para el entendimiento de las particularidades del régimen de relación entre administrados y administración, al ser en esta donde se inicia la pretensión de asegurarles que sus derechos se encuentran protegidos por el actuar ilegítimo de la administración en el ejercicio de sus potestades.

Por medio del control de la discrecionalidad, se determinan los marcos de legitimidad del acto administrativo, que nace de la libre apreciación que hace la administración al adoptarlo, sobre la base de criterios de legalidad y de oportunidad y cuyo objetivo está en función de la defensa de los derechos subjetivos que les son reconocidos a los particulares.

Orígenes de la justicia administrativa en Cuba

El proceso contencioso-administrativo tiene su surgimiento luego de la Revolución Francesa, como fruto del pensamiento liberal y ante la necesidad de proteger los derechos subjetivos de los particulares frente a actos arbitrarios de la administración.²⁵

Los primeros referentes de la regulación del proceso contencioso-administrativo en Cuba emergieron del Derecho español. Uno de los antecedentes históricos a significar fue la Real Cédula de 30 de enero 1855, la cual, en los artículos 120 y 121, sentó las bases de una jurisdicción contencioso-administrativa, pues, al Real Acuerdo, le atribuyó competencia para conocer de los recursos que se interpusieran contra actos de la administración colonial; y, a las reales audiencias constituidas en Acuerdo, consagraba la facultad de conocer en la vía contenciosa, después de agotada la gubernativa —ante las autoridades administrativas, por orden jerárquico—, de los agravios que se causaban a los particulares, en la aplicación de las leyes, ordenanzas y reglamentos administrativos, que ofendían un verda-

²⁵ Chinchilla Marín comparte la opinión de que lo contencioso-administrativo —y Derecho administrativo— nace de la Revolución Francesa. (C. Chinchilla Marín: «Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho administrativo», pp. 21-22).

dero derecho,²⁶ lo que avizoraba una preocupación de las autoridades por regular las relaciones entre la administración y los ciudadanos.

Según la Ley de Santamaría de Paredes, para que prosperara el recurso a interponer ante esa instancia, debía: 1) causar estado; 2) emanar de la administración, en el ejercicio de sus facultades regladas; y 3) vulnerar un derecho del administrativo previo a favor del demandante, por una disposición administrativa. No obstante, del control de los tribunales de lo contencioso-administrativo, se excluían cuestiones que se referían a la potestad discrecional, en lo relacionado con el orden político o de gobierno, normativas generales sobre salud e higiene públicas, orden público y defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que pudieran dar lugar tales disposiciones.²⁷

La expresa exclusión de la tutela jurisdiccional a los actos discrecionales se debió a que era criterio de aquel entonces que «la Administración se vinculaba al ordenamiento jurídico en un sentido negativo, no podía actuar en contra de la ley, ni realizar actos prohibidos por esta, pero sí podía actuar sin necesidad de previa habilitación legal y los ámbitos con lagunas podían ser regulados a iniciativa de ella sin contradecir la norma».²⁸ Para ese momento, se concebía la actuación de la administración, con independencia de que existiese una habilitación legal, cuestión que le permitiría incidir en diferentes ámbitos de actuación que no estuvieran prohibidas por el orden jurídico vigente.

A partir del año 1899, el ordenamiento jurídico tuvo importantes influencias de la intervención militar norteamericana, lo que motivó las reformas de las instituciones públicas, del Derecho y del procedimiento contencioso-administrativo. Se crea la Sala de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo,²⁹ pero el enjuiciamiento del ejercicio de la discrecionalidad no sufrió cambio alguno con respecto a lo establecido en la Ley Santamaría de Paredes.

Con la Constitución de 1901, se consagra la unidad de jurisdicción y el carácter ordinario de la justicia administrativa, pues los tribunales conocerían de los juicios contencioso-administrativos por conducto de la Sala de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo.

La Ley orgánica del poder judicial, promulgada por el Decreto 127/1909, reformada en 1936, creó, en el Tribunal Supremo, la Sala de lo Contencio-

²⁶ M. Aguirre de Tejada: «Artículos 120 y 121 del Capítulo 6.º de la Real Cédula de 30 de enero de 1855», [s.p.].

²⁷ J. M. Morilla: *Breve tratado de Derecho administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba*, pp. 158 y ss.

²⁸ *Ibid.*, pp. 168 y ss.

²⁹ Álvarez Tabío: *Op. cit.*, 381.

so-Administrativo y de Leyes Especiales,³⁰ lo que se mantuvo, de manera inalterable, con la promulgación de la Constitución de 1940 y hasta los años siguientes al triunfo revolucionario.

Posterior a 1959, se reorganizó el aparato judicial cubano y, finalmente, el supremo tribunal de justicia de nuestro país creó una sala para el conocimiento de los asuntos civiles y administrativos (*vid. infra*).

LA POTESTAD DISCRECIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ACTUAL

En nuestro Derecho positivo, la potestad discrecional aparece recogida en distintas disposiciones normativas, y no, en una en particular, máxime si se tiene en cuenta la amplia presencia de la administración en las relaciones jurídicas que acontecen en la sociedad.

La administración pública debe dar respuestas y soluciones a todos los reclamos de los administrados, lo que encuentra sustento en el Artículo 26 de la Constitución, como expresión del derecho a la defensa que les debe asistir a todos los ciudadanos, y que debe garantizarse, de manera racional, por los encargados de proveerlo, aun cuando se aprecien lagunas, omisiones o antinomias del ordenamiento jurídico.

Desde la Constitución cubana, se pautan los presupuestos de actuación de la administración pública y se instrumenta el principio de legalidad que determina la actuación del Estado. Para Matilla Correa, la Constitución es algo más que una fuente normativa o positiva del Derecho administrativo; se convierte en el más encumbrado de los pilares de configuración jurídica del aparato estatal y el tráfico iusadministrativo, y en el primero de los componentes del entramado positivo ordenador.³¹

En la actualidad, en nuestros predios, constituye una necesidad la instauración de un proceso de revisión jurisdiccional de control de la legalidad del acto administrativo, resultado de la potestad discrecional, dada la siempre presente proclividad que pudiera tener el funcionario administrativo a apartarse de ella.

El control de la actividad de la administración, en sede judicial, no implica la subordinación jerárquica de la administración a los tribunales, por el contrario, se trata de un mecanismo de control externo a esa actividad, conforme a lo establecido jurídicamente.

La función revisora y de control de la potestad discrecional, por los tribunales, permitiría garantizar el cumplimiento de la legalidad socialista y, con ese fin, la ley debiera admitir la posibilidad de que ciertos actos de la admi-

³⁰ *Ibid.*, p. 385.

³¹ Andry Matilla Correa: *Panorama general del Derecho administrativo en Cuba*, p. 12.

nistración sean examinados por los órganos judiciales. Este control podría dotar a los tribunales de facultades para decidir en cuanto a la legalidad del acto y, consecuentemente, disponer la confirmación, la nulidad, la anulación o la retroacción de este, a los efectos de que el ente administrativo dicte otro ajustado a Derecho, siempre que, en el funcionamiento administrativo, se detecten irregularidades que conduzcan a injusticias notorias, arbitrariedad, o se manifiesten ilegalidades.

En Cuba, la Ley No. 7, «De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico» (LPCALE) de 9 de agosto de 1977, preceptúa los mecanismos de acceso a la justicia administrativa, en el Artículo 656, apartado 1, salvo lo que se dispone en el Artículo 657.

Especial mención merece este último artículo en lo que al acceso a la justicia se refiere y particularmente al objeto de estudio de la tesis. Dicho artículo dispone que no corresponden a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones que emanen de una autoridad competente concernientes al ejercicio de la potestad discrecional.

De lo anterior, se colige la existencia de un actuar de la administración por medio de una disposición de carácter general o de un acto administrativo, lo que indica que el control versará sobre la legalidad de la resolución administrativa.

La imposibilidad legal de que el individuo pueda demandar manifestaciones de la acción administrativa no comprendidas en el precepto enunciado afecta sus derechos, sin que existan límites que sujeten el actuar de la administración. Es realmente criticable que el ciudadano pueda acceder a la instancia judicial a reclamar la correspondiente tutela, únicamente, ante un acto material o expreso de aquella, y no cuando se trate de actos tácitos o presuntos, si estos no son inmunes a irreverencias o infracciones jurídicas, pues lo que le interesa al afectado es la perturbación del actuar administrativo.

La LPCALE, muy escuetamente, en el Artículo 655, recoge a los organismos de la Administración Central del Estado y a los consejos de administración locales, como únicos entes cuyas disposiciones es posible enjuiciar en sede judicial, y excluye a otros que, también, tienen función administrativa.

La inexistencia de mecanismos de control de la potestad discrecional podría convocar a la administración a desarrollar sus actividades al margen de lo establecido, lo que incidiría en la seguridad jurídica y la confianza de los administrados en la administración pública.

Nada obsta para confiar a los jueces el control de la legalidad del ejercicio de la potestad, ya que, «es la independencia judicial la que garantiza que los entes administrativos no utilicen sus poderes en perjuicio de los particulares y del propio interés público».³²

³² J. C. Cassagne: «La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial», p. 349.

Respecto a la imposibilidad de revisión de la potestad discrecional en sede judicial, se pronunció el CGTSP en el Dictamen No. 284, de 9 de febrero de 1988.³³ Hace una distinción entre potestad reglada y discrecional, al tiempo que las estima como potestades antagónicas. Sobre esta valoración, ordena al órgano que decida un conflicto que debe ajustarse a la legislación en vigencia, específicamente a lo estatuido en el Artículo 657 de la LPCALE.

A tal efecto, el TSP ordena que no puede interponerse demanda contra un acto sustentado en el ejercicio de la potestad discrecional y que, de presentarse esta ante los tribunales, debe ser rechazada de plano. Expresa que dicha potestad es libre de sujeción a normas, y olvida la letra constitucional que obliga a todos a actuar en respeto a la legalidad, por ser este un principio funcional de actuación del Estado, extensivo a los ciudadanos.

Este criterio fue asumido en diferentes sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, en 1988, las que reiteran el antagonismo entre ambas potestades. Ejemplos de ello son las sentencias 66 (14 de febrero), 111 (25 de marzo), y la 414 (23 de noviembre), la cual razona que «[...] las disposiciones que en el ejercicio de la potestad discrecional dicte la autoridad competente no son del conocimiento de la jurisdicción administrativa [...]».

Contrario a estos planteamientos, considero que no resulta atinada la fundamentación del máximo foro de justicia en su dictamen, y en las sentencias que pronuncia, habida cuenta de que la subordinación de los jueces es a todo el ordenamiento jurídico, desde el magno texto constitucional hasta la más inferior de las disposiciones normativas, toda vez que las principales notas que definen la potestad discrecional proceden del ordenamiento jurídico; de ahí, su estrecho vínculo con lo reglado, no su antagonismo. La discrecionalidad es, por tanto, una consecuencia de la ley, cuyos

³³ Dictamen No. 284. «La potestad discrecional y la reglada por el contrario de la que la Sala consultante estima, son facultades antagónicas. La primera consiste en la libre decisión, sin sujeción a norma alguna, del órgano que la disfruta, mientras que la reglada, constituye un acto de ejecución de la ley, vale decir, que el órgano que decida tiene que ajustarse a lo que en la legislación vigente en la materia se encuentra estatuido de conformidad con el artículo 657 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y laboral las resoluciones de la Administración en ejercicio de su facultad discrecional, no son interpelables en la vía jurisdiccional, así que a quien el órgano administrativo le otorgue menos de lo que de él interesó o se le rechace íntegramente, no puede interponer demanda contra la misma, y de hacerlo, debe ser de plano rechazada, en aplicación de lo que dispone el citado precepto de la Ley de Trámites; pero nada se opone a que un tercero a quien la resolución dictada por la Administración en el ejercicio de su facultad discrecional, le lesione un derecho subjetivo preestablecido a su favor, la impugne, habida cuenta [de] que la facultad discrecional no puede invadir la esfera de los derechos subjetivos, estatuidos por la ley o declarado por un acto de la Administración en ejercicio de la facultad reglada y entender lo contrario implicaría, en el primer supuesto, impedir el ejercicio por el referido interesado de un legítimo derecho que la Ley le concede; y en el segundo, que la Administración volviera por sí y ante sí contra sus propios actos revocando lo ya declarado en favor del tercero expresado».

elementos esenciales radican en su existencia propia, su ejercicio dentro de una determinada extensión, la competencia de un órgano determinado y el fin perseguido.

No hay discrecionalidad al margen de la ley, sino en virtud de ella y en la medida en que la dispone.

En torno al Dictamen objeto de análisis, son interesantes, asimismo, las consideraciones relativas a los terceros lesionados en sus derechos subjetivos. Resulta atinado el reconocimiento de los derechos lesionados a un tercero por el ejercicio de la potestad discrecional, pero nada obsta que también se reconozcan los del destinatario directo de la decisión.

El acto que se dicta en ejercicio de la potestad discrecional es administrativo, con todos los significados de esa figura jurídica, otra de las razones por las cuales se ofrece cabida al control, cuando los actos se aparten de los límites que enmarcan la discrecionalidad administrativa.

Esto trae como consecuencia que un acto discrecional pueda ser objeto de control interno y externo, por parte de un órgano con jerarquía superior al que emitió el acto, sobre el que apreciará —si la ley le concede competencia para ello— su mérito y si es oportuno y conveniente, encaminado a cumplir un fin previo y legítimamente estipulado.

Todo lo anterior justifica que el control, en sede judicial, del ejercicio de la potestad discrecional de la administración, en el actual contexto económico y social del país, resulta de vital importancia, en un momento de profundas transformaciones para la actualización del modelo económico y para el logro del pleno acceso a la justicia.

Hay que adicionar que la administración pública se fortalece cada día más y se le conceden prerrogativas para actuar en campos que, hasta estos momentos, eran prácticamente desconocidos y tenían escasa incidencia en la población, entre los que destacan asuntos tributarios y urbanísticos. Asimismo, resaltan el cambiante sistema contravencional, la concesión de tierras agropecuarias para el usufructo, etc., lo que hace necesario que los actos administrativos puedan ser revisados por un ente imparcial, como el tribunal, a los efectos de contribuir a su publicidad, al logro de mayores garantías y de transparencia en la actuación.

Solo a través de los órganos jurisdiccionales, se puede establecer una vía eficaz de control de legalidad de los elementos reglados en los actos administrativos discrecionales, pues el control que se pretende no es de la decisión adoptada en sí, sino de la legalidad de la decisión, el hecho que la determinó, la motivación y la razonabilidad del sustento legal utilizado y la eficacia de la solución.

El control ejercido por el tribunal se sustentaría en la interpretación del caso, verificar la aplicación del Derecho a este, lo que obligaría al funcionario a analizar con profundidad el caso concreto, sin apartarlo de la legalidad y, con ello, evitar que, en beneficio propio, el funcionario ofrezca soluciones

discrecionales a casos que deben ser resueltos mediante actos reglados y, así, impedir la revisión de sus decisiones, como, en ocasiones, suele ocurrir en la actualidad.

Las tesis defendidas con anterioridad me permiten considerar que, en Cuba, es limitado el acceso a la justicia administrativa, lo que se aprecia en la LPCALE y en el referido Dictamen No. 284. En este último caso, se impone a los jueces la obligación de rechazar, de plano, la demanda cuando esta se dirija a atacar el ejercicio de la potestad discrecional y deja al margen la normativa constitucional.

El Artículo 122 de la Constitución determina que «los jueces, en su función de impartir justicia son independientes y no deben obediencia más que a la Ley», expresión que determina el sentido y alcance de su actuación, pues indica a los juzgadores que la guía de su ejercicio la constituye el principio de legalidad. Por esta razón, su obediencia es, primero que todo, a la ley de leyes y, en consecuencia, al resto del ordenamiento jurídico.

Para Prieto Valdés, «no hay fundamento constitucional o legal que impida la realización o eficacia directa de la voluntad popular constituyente, todo lo contrario. No hay fundamento constitucional para no invocarla, no hay nada que limite que ella sea, como debe ser y fue concebida, como disposición normativa superior del ordenamiento jurídico, expresión directa del derecho urgente»;³⁴ y es que el texto constitucional cubano —como dijera esta autora— «no es un texto de límites al poder, sino de consagración de conquistas».³⁵

Los preceptos constitucionales han de ser concretados por los aplicadores del Derecho, especialmente por los jueces, que son sus principales intérpretes; de ahí que sus postulados no puedan ser, en modo alguno, ni disminuidos ni inaplicados, tesis que comparte, además, la importancia del cumplimiento de los contenidos constitucionales, como máxima expresión de garantía y seguridad jurídica.

En lo que a su aplicación, en el ámbito judicial, se refiere, autores como Brewer Carías³⁶ reconocen que, «para los jueces el principio de legalidad es más amplio. Si por jurisprudencia entendemos subsunción de una situación de derecho bajo una norma abstracta, el juez determina con fuerza de verdad legal lo que para el caso particular es derecho según el sentido de la norma jurídica. Por ello el juez, encargado de aplicar el derecho, está

³⁴ Martha Prieto Valdés: «En pos de la aplicación directa de la Constitución de 1976. Un breve comentario», p. 9.

³⁵ *Idem.*

³⁶ «La legislación es ejecución inmediata, en primer grado de la Constitución, y la Administración y la Jurisdicción son ejecución inmediata de la legislación y mediata, en segundo grado, de la Constitución, pues lo que es legalidad para los actos de la Administración y la Justicia, es constitucionalidad para la legislación» (Allan R. Brewer Carías: *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, p. 25).

sometido a todas las normas o reglas jurídicas». ³⁷ Desde esta perspectiva, corresponde a los operadores jurídicos, en el ámbito judicial, la sujeción a todas las disposiciones que integran el orden jurídico.

Una mirada a esta cuestión, me permite realizar una lectura, desde los contenidos constitucionales, a los efectos de identificar parte de los presupuestos que sirvan de base a la revisión del acto administrativo, resultado de la potestad discrecional. ³⁸

En este caso, y en el entendido del texto constitucional como norma de aplicación directa, un análisis del 26 constitucional permite derivar el acceso a la justicia a todo el que sufra daño o perjuicio, lo que se erige en pauta para el acceso a la justicia y la independencia judicial, al momento de la impartición de justicia.

En cuanto a las disposiciones que ordenan la actividad judicial, merece especial atención el Artículo 15, apartado 1, de la Ley No. 82, que refrenda la facultad del CGTSP para ejercer la iniciativa legislativa, en materia relativa a la administración de justicia, y sus decisiones son de obligado cumplimiento por todos los tribunales, para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley. ³⁹ Al propio tiempo, compete al juez resolver los asuntos conforme al texto constitucional ⁴⁰ y a las normativas dictadas por el máximo foro de justicia.

En medio de este cruce de fuegos, con una actuación administrativa cada vez más despojada de ataduras y permeada de mayor poder y autoridad, resulta de vital significación detenerse en el acceso a la justicia en este ámbito, pues es un asunto de suma importancia para lograr mayor desenvolvimiento de la administración, en momentos en que se pretende lograr un socialismo próspero y sustentable. Se trata de que el ciudadano no quede indefenso, ante determinadas actuaciones administrativas; por el contrario, que se le provea de un proceso administrativo conforme a las exigencias de imparcialidad, frente a la actuación de la administración, que

³⁷ *Idem.*

³⁸ «Los límites del control de la discrecionalidad están en directa correspondencia con las limitaciones constitucionales de la actividad jurisdiccional, pues los jueces y Tribunales no pueden dictar sentencias al margen del ordenamiento jurídico, esto es sin basar sus decisiones en una norma jurídica».

³⁹ Ley No. 82/1997, «De los tribunales populares». Artículo 15.1. El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones en este orden son definitivas. 2. A través de su Consejo de Gobierno, ejerce la iniciativa legislativa en materia relativa a la administración de justicia y la potestad reglamentaria; toma decisiones y dicta normas generales de obligado cumplimiento por todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de éstos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

⁴⁰ Constitución de la República, Artículo 122: «Los jueces en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la Ley».

garantice el restablecimiento de los derechos lesionados y, al propio tiempo, se convierta en garantía para la seguridad jurídica.

Cualquiera que sea su jerarquía, el destinatario de la decisión judicial está obligado a acatar sus disposiciones, darles cumplimiento y comunicar al tribunal las medidas adoptadas. Además, en cuanto a la ejecución de las decisiones judiciales, el Artículo 690 de la LPCALE⁴¹ establece que, modificada, revocada o decretada la nulidad de la resolución administrativa impugnada, no es el tribunal quien tiene que exigir a la administración el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, sino que el administrado, de no cumplirse lo que determinó el órgano jurisdiccional, debe dirigirse a la Fiscalía, a fin de que esta, en su actividad de control de la legalidad socialista, requiera y exija a aquella la ejecución de la sentencia judicial.

Este elemento es de especial significación, si se tiene en cuenta que el juez de lo principal lo es, también, de lo accesorio; por ello, el tribunal que, mediante sentencia, resolvió el fondo del asunto deberá velar porque su fallo sea ejecutado, a los fines de completar la entera satisfacción del interés general.

UNA MIRADA DESDE LOS PRINCIPALES REFERENTES CONSTITUCIONALES

En el marco de las transformaciones en el ámbito económico-social, la justicia administrativa enfrenta el gran reto de ajustarse a las exigencias actuales, y por ello, resulta esencial hacer corresponder las disposiciones normativas con la coherencia del orden jurídico nacional. La labor interpretativa del máximo foro de justicia deberá informarse no solo en los contenidos constitucionales, sino, además, en las exigencias que, en el orden técnico-jurídico, caracterizan a las materias objeto de interpretación.

Resulta prudente que se utilice con más frecuencia la Constitución, como norma de aplicación directa, en el momento de resolver asuntos de esta naturaleza, para no dejar en indefensión a las partes involucradas en los procesos judiciales.

Al decir de Prieto Valdés,

si tenemos en cuenta que una Constitución, sus contenidos básicos, así como las características de sus normas, son el resultado de la voluntad del constituyente, no como noción filosófica, no como abstracción,

⁴¹ LPCALE, Artículo 690: La sentencia estimatoria revocará total o parcialmente la disposición o resolución impugnada y dispondrá la devolución del expediente administrativo para que por la Administración, en el término de treinta días, se dicte nueva disposición o resolución que se ajuste a lo declarado en la sentencia. Contra la nueva resolución administrativa no procederá recurso alguno. No obstante, la parte que se considere afectada por la misma, podrá acudir a la Fiscalía a los efectos del control de la legalidad socialista.

sino como expresión de las fuerzas políticas prevalecientes en una sociedad, en un momento histórico determinado, en circunstancias concretas políticas, socioeconómicas y culturales, entonces la realización plena de sus postulados es una condicionante de la reproducción de la legitimidad del orden que tutela y asegura.⁴²

Se reconocen las potencialidades que, desde la Constitución, se ofrecen para la tutela de los derechos de los destinatarios de las disposiciones de la administración pública, emanadas del ejercicio de la potestad discrecional.

La realidad social, compleja por esencia, no excluye la actuación aparentemente legal, pero permeada de vicios y segundas intenciones, en el ejercicio de la función administrativa, lo que ha llevado —en ocasiones— al uso desmedido de la potestad discrecional. Esta cuestión fortalece la tesis de que «no se deben introducir limitaciones a la aplicabilidad directa de la Constitución por los Tribunales de Justicia o por cualquier otro órgano estatal, cuando ella sea necesaria para la argumentación de decisiones para la defensa de derechos y garantías de los cubanos».⁴³

La Constitución, como conjunto normativo de aplicación directa por los órganos del Estado y, especialmente, por los tribunales, es el instrumento jurídico idóneo para el límite y el control del poder de la administración pública, en todos los ámbitos y manifestaciones del ejercicio de sus potestades, especialmente la discrecional. Ella es la única con facultad de limitar el sentido y alcance de las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, por ser la garante superior de los derechos, el orden jurídico e instrumento para el control del funcionamiento del Estado, en general, la constitucionalidad y la legalidad de las disposiciones normativas.

El texto constitucional es un mecanismo de control de la actuación de los funcionarios y dirigentes administrativos y marca el estado de efectividad del control de la administración pública. Su utilización por los jueces, para motivar la decisión de revisar el acto administrativo, nacido del ejercicio de la potestad discrecional, deviene la más alta manifestación de la justicia a la que están llamados los jueces; propicia la garantía del pleno acceso a la justicia y, al mismo tiempo, provee el equilibrio entre los administrados y la privilegiada posición de poder de la administración.

El límite al ejercicio de la potestad discrecional administrativa y el empleo —por los jueces— de la Constitución, como norma de aplicación directa, está consagrado en sus artículos 10 y 66, los que consagran el principio de legalidad como funcional de toda la vida del Estado y al cual se deben ceñir los funcionarios que actúan en nombre de este.

En el último de estos artículos, se establece que «el cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos».

⁴² Prieto Valdes: *Op. cit.*, p. 1.

⁴³ *Idem.*

Al respecto, Matilla Correa expresa que «la ley de leyes cubana encierra preceptos que le señalan a la Administración Pública verdaderas reglas de conductas de forma imperativa. Por su trascendencia para las relaciones entre la Administración Pública y los administrados, como lo es el artículo 10, el que consagra expresamente el principio de legalidad»⁴⁴ y añade:

La consagración del principio de legalidad en el artículo 10 constitucional es de marcada importancia para el papel que desempeña la Constitución como fuente jurídica administrativa, pues es uno de los resortes primordiales que mueven y determinan la existencia de la rama administrativa, el mismo no solo refrenda una conducta a cumplir sino también una garantía formal para evitar arbitrariedades en el actuar de la Administración y para el respeto a los derechos y garantías fundamentales de los administrados.⁴⁵

Esta declaración constitucional se erige en principio esencial de actuación de la administración pública y constituye premisa necesaria para el logro del equilibrio que debe caracterizar las relaciones entre esta y los administrados. La referencia del 66 constitucional se hace extensiva a los ciudadanos y a los jueces.

El juez interpreta las normas mediante un proceso consciente de calificación y decisión y elige el instrumento adecuado para obtener, del orden jurídico vigente, la decisión más justa. Por ello, cuando una norma de superior jerarquía determina, con la mayor precisión, la obligación de someterse al ordenamiento, es esa la que goza de preferencia sobre todas las demás y el camino a seguir por el aplicador del Derecho debe corresponderse con lo que esta dicta y determina.

El ojo revisor del tribunal debe ser propicio para que el funcionario público, ante el temor de ser descubierto por el órgano jurisdiccional, se preocupe aun más por el acierto, transparencia y legalidad de sus decisiones y, por supuesto, para que sus actos, siempre bajo la égida del Derecho, se caractericen por un mayor acierto en sus decisiones y por una mayor vocación de justicia.

La función revisora del órgano jurisdiccional ha de cumplir con el deber de propiciar la seguridad jurídica, conforme el mandato contenido en el texto constitucional.⁴⁶

Con ello, se alcanzaría satisfacer el interés general, es decir, el conjunto de intereses particulares, como un todo; y, con ello, los de la colectividad. Se ofrecerían a los administrados mayores garantías para reclamar y obtener una respuesta en justicia, frente a cualquier comportamiento alejado

⁴⁴ Matilla Correa: *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Artículo 120: «La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye [...]».

del Derecho, por parte de algún funcionario administrativo, cualquiera que sea la forma en que esta se exprese.

Desde esta perspectiva, no asumimos el diseño de una justicia administrativa apegada a fórmulas extranjeras, que nada tienen que ver con nuestro sistema social ni con las tradiciones de justicia del pueblo cubano. Hay que pensar, también, en lo que tenemos y cómo debemos ser capaces de transformarlo para bien de la sociedad. En ello, las soluciones que ofrece el texto constitucional son un referente innegable, como punto de partida y fundamento, para el perfeccionamiento de la actuación en nuestro ámbito y al que debemos acudir permanentemente.

A los jueces cubanos, no les puede ser ajeno el derecho lesionado a un ciudadano, por una actuación de franca arbitrariedad, injusticia notoria, con visos de legalidad, pero con un trasfondo de corrupción administrativa.

Si bien es cierto que, en todo momento, se puede hacer uso del Artículo 6, de la Ley de los tribunales populares,⁴⁷ y poner en conocimiento de la Fiscalía aquellos hechos que conozcan como atentatorios de la legalidad socialista, nada obsta para que se proceda al control de estos asuntos. No debe el juzgador permanecer de brazos cruzados para limitarse a la aplicación de una disposición normativa y rechazar, de plano, la demanda presentada, cuando se intente combatir el ejercicio de la facultad discrecional administrativa, en un caso concreto sometido a su examen. Si la administración pudo actuar conforme al orden jurídico, también pudo haberse salido de su ámbito de actuación y lesionar derechos reconocidos a los administrados, apartándose de lo racional y de la transparencia que debe caracterizarla.

Lo anterior no significa revisar el resultado de la facultad discrecional, sino la legalidad del procedimiento administrativo seguido por la administración para solucionar. De esta manera, el tribunal emitirá su correspondiente dictamen y dispondrá retrotraer tal procedimiento hasta el momento en que fue lesionada la legalidad, la garantía o el derecho del administrado, para que aquella resuelva con apego al espíritu que animó al legislador y, al mismo tiempo, cumpla su papel de satisfacer el interés general.

La potestad discrecional es jurídica, no arbitraria. Se sustenta en un precepto legal y nace de un acto de un funcionario público que la ejercita; ese acto, con aspectos reglados en su contenido, permite la utilización de la vía contencioso-administrativa, cuando el derecho lesionado por la aludida potestad discrecional afecte derechos consagrados en la norma constitucional que, en ningún caso, autoriza a actuar con olvido o quebrantamiento de la ley.

El juez, en su quehacer diario, debe actuar con racionalidad al adoptar sus decisiones, las que deben ser adecuadamente motivadas y justificadas en el valor fundamental que determina su actuación: la justicia. Ello

⁴⁷ Artículo 6. Los tribunales deben poner en conocimiento de la Fiscalía las infracciones de la ley que adviertan durante la tramitación o examen de los procesos y actos judiciales, a fin de que aquella actúe para que se restablezca la legalidad.

debe hacerse con la capacidad de conjugar las exigencias normativas, los valores que informan su actuación y las condiciones que han sido determinantes para el caso en cuestión, todo lo cual redundará en el perfeccionamiento de la actuación judicial y, en consecuencia, de los actos que de ella se deriven, en beneficio ciudadano.

CONCLUSIONES

1. La discrecionalidad es una potestad atribuida a la administración pública, condicionada por las disposiciones normativas generales y de tipo administrativo. Resulta necesaria para que esta pueda materializar sus funciones y garantizar la satisfacción del interés general, en aspectos de la vida social no regulados por el legislador, en el momento del proceso de previsión normativa.
2. La legalidad es un principio funcional del Estado que constituye condición y límite al ejercicio de la potestad discrecional de la administración pública. Perfila y determina la existencia de esa potestad administrativa y es, a la vez, un referente directo a tener en cuenta para poder establecer mecanismos eficaces que posibiliten su control judicial.
3. El control judicial de la potestad discrecional se basa en una revisión de legalidad, concretada en los elementos reglados del acto administrativo. Se justifica en el incremento de las facultades que se le conceden a la administración pública en la actualidad, dados los cambios operados en la realidad cubana y donde los derechos de los administrados aparecen inamovibles.
4. El control judicial del ejercicio de la potestad discrecional tributa, de manera positiva, a la seguridad jurídica, el fortalecimiento del respeto a las garantías de los administrados, a lograr mayor equilibrio entre la potestad y los derechos ciudadanos; propicia legalidad, transparencia y perfeccionamiento de la actuación administrativa y, con ello, se refuerza la vocación de servicio de la administración pública, lo cual contribuye a que esta administre mejor.
5. La regulación ordinaria y las disposiciones del CGTSP, en materia de potestad discrecional, no se corresponden con el contenido y alcance de esta institución administrativa y, en mérito a ello, contienen mandatos que constituyen limitaciones a los jueces, para llevar a cabo el control judicial de su ejercicio, lo que no guarda correspondencia con el principio de independencia judicial que se consagra en el texto constitucional, y que incide en las garantías de los administrados, y en la protección del interés público.

6. La actual restricción al control judicial del ejercicio de la potestad discrecional constituye una limitación al pleno acceso a la justicia, lo que le resta alcance y virtualidad al Artículo 26 de la norma constitucional, cuestión que limita a los ciudadanos en la posibilidad de ser oídos, en justicia, por un órgano imparcial, en controversia con la administración.
7. Resulta necesario actualizar, doctrinalmente, los fundamentos que se tuvieron en cuenta para limitar el control judicial de la discrecionalidad en Cuba y hacerlos corresponder con los presupuestos de esta institución administrativa. Ello obedece a que existe una errada apreciación de antagonismo —por parte de algunos jueces—, entre la potestad reglada y la discrecional, cuando en realidad existen vínculos y relaciones entre ambas, lo que fundamenta su control judicial.
8. El Artículo 26 del texto constitucional —de conformidad con el 10 y el 66— constituye el cimiento jurídico para restablecer el derecho vulnerado al administrado, cuando la administración haya ejercido la potestad discrecional apartada de los límites que le impone el principio de legalidad.
9. La Constitución de la República contiene los fundamentos necesarios para que los tribunales cubanos la utilicen como norma de aplicación directa y ejerzan el control del ejercicio de la potestad discrecional, como vía para facilitar el pleno acceso a la justicia, posibilitar un equilibrio entre la administración y los administrados y así proveer un medio eficaz para perfeccionar el funcionamiento de esta y fiscalizar la legalidad de sus decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero, Miguel: *Teoría general del Derecho administrativo*, 8.^a ed., actualizada, Porrúa, México, 1988.
- Aguirre de Tejada, M.: «Artículos 120 y 121 del Capítulo 6.º de la Real Cédula de 30 de enero de 1855», en *Jurisprudencia*, t. 1, Spencer y Compañía, La Habana, 1856.
- Álvarez Tabío, Fernando: *El proceso contencioso administrativo*, Librería Martí, La Habana, 1954.
- Barra Carlos, Rodolfo: *Tratado de Derecho administrativo*, [s.m.d.].
- Bermejo Vera, José: *Derecho administrativo básico*, [s.m.d.].
- Boquera Olivier, José María: *Derecho administrativo*, vol. 1, 8.^a ed., revisada, Civitas, S.A. Madrid, 1991.
- Brewer Carias, Allan Randolph: *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, [s.m.d.].

- Bustelo Vázquez, Manuel: *La lesividad de los actos administrativos*, Librería Martí, La Habana, 1952.
- Cañizares Abeledo, Diego Fernando: *Temas de Derecho administrativo*, [s.m.d.].
- Cassagne, J. C.: *Derecho administrativo*, t. 2, 7.ª ed., Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- _____ : «La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 67, Madrid, 1990.
- Chinchilla Marín, C.: «Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho administrativo», en Colectivo de autores, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, S.A., Madrid, 1992.
- Clavero Arévalo, Manuel F.: «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico», en *Revista de Administración Pública*, no. 54, septiembre-diciembre, Madrid, 1967.
- Coscolluela Montaner, Luis: *Manual de Derecho administrativo*, [s.m.d.].
- Escuin Palop Catalina: *Curso de Derecho administrativo, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Escuin Palop, Vicente: *Introducción al Derecho público*, Tecnos, Madrid, 1997.
- Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- García de Enterría, Eduardo: *Hacia una nueva justicia administrativa. Los ciudadanos y la administración*, Civitas, S.A., Madrid, 1989.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho administrativo*, t. 1, [s.m.d.].
- Kelsen, Hans: *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, D. F., 1995.
- Matilla Correa, Andry: *Panorama general del Derecho administrativo en Cuba*, [s.m.d.].
- Morilla, J. M.: *Breve tratado de Derecho administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba*, Tipográfica de Don Vicente de Torres, La Habana, [s.a.].
- Prieto Valdés, Martha: «En pos de la aplicación directa de la Constitución de 1976. Un breve comentario» (soporte digital).
- Sánchez Morón, Miguel: «Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

GARANTÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO

M.Sc. Nemesia Cabrera González¹
jueza profesional, TPP de Pinar del Río

EL SISTEMA DEL derecho laboral cubano está formado «por un conjunto de categorías, instituciones y subinstituciones que toman formas y se aplican a través de una serie de disposiciones jurídicas de diverso rango, sustentadas en principios de Derecho generales y específicos de esta materia».²

Sobre las instituciones jurídicas laborales se erige el sistema normativo del Derecho laboral cubano, el que se encuentra representado en la Constitución de la República, de 24 de febrero de 1976 (en adelante, Constitución cubana), en la que se elevan a constitucionales los derechos laborales; entre ellos, el derecho al trabajo (refrendado en el Artículo 9, inciso b), pleca primera). Establece el deber del Estado de garantizar «que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades». El Artículo 45 añade que «El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano» y que «al proporcionarlo, se atienden las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador y su aptitud y calificación».

El soporte constitucional de que Cuba es un Estado socialista de trabajadores dispuesto en el Artículo 1³ del magno texto, como parte de los fundamentos políticos, económicos y sociales, refrenda que el Estado, por su naturaleza, funda su política en la defensa de los intereses de esta clase social, en unión con campesinos, estudiantes, intelectuales y otros grupos sociales, y está organizado para el disfrute de la libertad política, la justicia

¹ Tutor: M.Sc. Orestes Rodríguez Musa.

² Eulalia Viamontes Guilbeaux: *Derecho laboral cubano, teoría y legislación*, pp. 48-49.

³ «Artículo 1: Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república democrática y unitaria, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana».

social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana, en correspondencia con el contenido del mencionado Artículo 45.⁴

Por consiguiente, resulta altamente reconocido que el Derecho laboral en Cuba, a través de sus normas, ha intentado sentar los derechos laborales de los trabajadores, como objetivo fundamental de nuestro sistema político-social sustentado en el poder de los trabajadores. Sin embargo, también es cierto que, en la práctica judicial, resulta insuficiente, dada la presencia de limitaciones, subsisten en los procedimientos ordinarios, los cuales impiden la obtención de una tutela judicial segura.

En la materia laboral en Cuba, existen limitaciones para acceder a la justicia, toda vez que la propia ley excluye, del conocimiento de los tribunales populares, las inconformidades que presentan los trabajadores, por ejemplo, en los procesos disciplinarios donde se modifica temporalmente el estatus laboral del trabajador, y en aquellos donde los órganos encargados de la solución de los conflictos laborales resultan incompetentes para resolver el fondo de las reclamaciones de los trabajadores declarados disponibles.

Desde el punto de vista doctrinal,⁵ y en la práctica judicial, se ha constatado la urgente necesidad de trabajar por el establecimiento de un sistema de justicia laboral que, además de contribuir al fortalecimiento de la disciplina y de los derechos de los trabajadores, esté regido por los principios procesales que brinden adecuadas garantías y potencien, en nuestro sistema socioeconómico, la necesaria seguridad jurídica. También se pronunció con este propósito el XVII Congreso de la Central de Trabajadores de Cuba (CTC), cuya *Resolución sobre reordenamiento laboral, empleo, salarios, estimulación y relaciones laborales* promueve que

[...] la participación de los representantes de los sindicatos en los órganos que resuelvan los conflictos laborales, esté dirigida a garantizar en cada centro de trabajo el orden, la justicia y la legalidad, sin el menor asomo de paternalismo con los trabajadores ni de concesiones con la administración; y rechazará con igual fuerza las violaciones de los

⁴ «Artículo 45: El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano. El trabajo es remunerado conforme a su calidad y cantidad; al proporcionarlo se atienden las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador y su aptitud y calificación; lo garantiza el sistema económico socialista, que propicia el desarrollo económico y social, sin crisis, y que con ello ha eliminado el desempleo y borrado para siempre el paro estacional llamado “tiempo muerto”. Se reconoce el trabajo voluntario, no remunerado, realizado en beneficio de toda la sociedad, en las actividades industriales, agrícolas, técnicas, artísticas y de servicio, como formador de la conciencia comunista de nuestro pueblo. Cada trabajador está en el deber de cumplir cabalmente las tareas que le corresponden en su empleo».

⁵ Antonio R. Martín Sánchez: «Apuntes para una reforma del sistema de justicia laboral cubano».

intereses legítimos de los trabajadores y cualquier medida que infrinja el orden laboral [...].⁶

Ha de sumarse a esto que los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, el 18 de abril de 2011, en los numerales 167 al 172, referentes a el empleo y el salario, si bien orientan «desarrollar un proceso de reordenamiento laboral en el país que [...] contribuya a eliminar las plantillas infladas [...]»,⁷ también determinan que este proceso se desarrolle «[...] bajo el principio de la idoneidad demostrada [...]»⁸ y «favoreciendo la incorporación al empleo de las personas en condiciones de trabajar».⁹

ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS

Los derechos sociales comenzaron a surgir a partir de un movimiento universal llamado «Constitucionalismo social», que consistía en la incorporación de estos a las constituciones, incluso capitalistas, segunda generación de derechos que está determinada por la inclusión de la temática social en el mundo dogmático-constitucional, y por la aspiración de lograr un mayor grado de justicia social ante la patente realidad de que el primer cuerpo de derechos era insuficiente para lograr el desarrollo adecuado de la personalidad y el desenvolvimiento de una vida digna.

Los de segunda generación son definidos como «el conjunto de derechos-prestación que consisten en especificar aquellas pretensiones de las personas y de los pueblos consistentes en la obtención de prestaciones de cosas o de actividades, dentro del ámbito económico-social, frente a las personas y grupos que detentan el Estado y frente a los grupos sociales dominantes».¹⁰ Estos derechos implican una actitud activa del poder público que debe llevar a cabo las acciones oportunas para hacerlas efectivas. De ahí que, en muchas constituciones, aparezcan como programas, aspiraciones o metas a lograr gradualmente por el Estado, incluso, en algunas, no aparecen reconocidas como derechos.¹¹

⁶ XVII Congreso de la CTC, efectuado en el Palacio de Convenciones de La Habana, el 30 de abril de 1996.

⁷ Lineamiento 169.

⁸ *Idem*.

⁹ Lineamiento 167.

¹⁰ A. E. Pérez Luño: *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, p. 209.

¹¹ Tal es el caso de la Constitución española de 1978, que los denomina «principios rectores de la política social y económica».

La primera Constitución en incorporarse a este movimiento fue la mexicana de 1917,¹² en su intento constitucional de conciliar los derechos civiles y políticos con la nueva concepción de los derechos sociales, lo que ejerció notable influencia en las constituciones posteriores, ya que, a partir de ese momento, en los diferentes países, se empieza a tomar conciencia de estos derechos y se inicia un movimiento constitucionalizador similar en el mundo entero.¹³

Esta Constitución se ocupó de proclamar una serie de derechos laborales de variado contenido: trabajo, protección y libertad de este, elección de profesión, libertad sindical, huelga, seguridad social, entre otros, y establecía la jornada de ocho horas.¹⁴ El Artículo 123, estableció que «toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, al efecto se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley».

Siguieron este movimiento la Constitución alemana de Weimar de 1919,¹⁵ que incluyó la extraordinariamente fuerte consideración de los «derechos fundamentales» (una de las características más llamativas de la historia constitucional de los siglos XIX y XX),

Los que tenían, que dar una ruta, un programa vinculante a la actividad estatal, teniendo en cuenta el hecho de que la Constitución había sido creada por una coalición de partidos, con la colaboración incluso de aquellos que estaban en oposición radical, la parte de los derechos fundamentales no podía pasar a fin de cuentas de ser una retahíla de las más diversas reivindicaciones, una yuxtaposición de normas y de ideas sobre objetivos socialistas, liberales, confesionales y conservadores.¹⁶

¹² Constitución mexicana en vigor, promulgada en Querétaro, el 5 de febrero de 1917. Es la sexta de este país y se tomó como base la Constitución de 1857, pero se añadieron todas las demandas que dieron origen a la Revolución mexicana: cuestión agraria, cuestión obrera, educación obligatoria y gratuita. Por su amplio contenido social, en su momento, fue considerada una de las constituciones más avanzadas del mundo. (Vid. Jorge M. García Laguardia y David Pantoja Morán: «Los derechos del hombre en el Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana», p. 11).

¹³ El derecho mexicano del trabajo nació en la primera revolución social del siglo XX y encontró en la Constitución de 1917 su más bella cristalización histórica. «Contiene en sus artículos 4, 5 y 123, no solamente principios generales, como el de libertad de trabajo (derecho del hombre de elegir libremente su profesión), sino que la protegía, amparaba el salario, establecía normas sobre jornada de trabajo y otras sobre salario muy semejantes a las que normalmente contienen las leyes de contrato de trabajo, reconocía la libertad de sindicación, regulaba el derecho de huelga, la colocación obrera, y algunas materias de seguros sociales». (Bayón Chacón y Pérez Botija: *Manual de derecho al trabajo*, p. 97).

¹⁴ *Ibid.*, pp. 21-22.

¹⁵ *Constitución del imperio alemán, de 11 de agosto de 1919.*

¹⁶ Reinhard Rurup: «Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar», p. 142.

Durante la Primera Guerra Mundial, fue necesario el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, debido a que se trataba de una actividad que, basándose en la libertad, permitía asegurar la vida y perfección del ser mediante la obtención de los medios de subsistencia y, además, porque, a nivel mundial, sobre todo en los países de Europa, se desarrolló un poderoso movimiento obrero y de liberación nacional, como resultado de las luchas de los campesinos y el proletariado, desde el período 1760-1871, cuando existieron grandes transformaciones económico-sociales, vinculadas al inicio y desarrollo de la revolución industrial, por lo que, debido a la especial importancia de todo este movimiento y de las luchas huelguísticas de los trabajadores, resultaba inevitable la proclamación constitucional de los derechos enarbolados por las fuerzas progresistas de estos países. Así, se fue logrando reflejar las aspiraciones de los obreros y la jerarquización del trabajo, como uno de los derechos fundamentales del hombre, fenómeno del cual no estuvieron ajenas las constituciones iberoamericanas.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, debido a la evolución del movimiento obrero —factor determinante en las luchas entre las fuerzas progresistas y las de la reacción, por la democratización de la vida política, ya que los obreros participaban en las manifestaciones en defensa de los intereses políticos y económicos de los trabajadores, de los pueblos que luchaban por su independencia, y producto del impetuoso desarrollo industrial, que produjo un considerable aumento de la clase obrera—, surgen otras constituciones que incorporaron estos derechos y proclamaron la declaración del derecho al trabajo: la de Francia (1946), la italiana (1948) y la Ley fundamental de la República Federal de Alemania (1949). A partir de ellas, se abrió paso, definitivamente, al constitucionalismo social en muchas leyes fundamentales.

Sin embargo, no basta con el simple reconocimiento legal de los derechos, pues su problema cardinal, en la contemporaneidad, es instrumentar vías garantistas seguras. Su ejercicio reclama el establecimiento de condiciones, instituciones y mecanismos que propicien la realización efectiva de estos. Por ello, se puede afirmar que, junto al reconocimiento y consagración constitucional de los derechos y libertades, se necesita de un férreo y completo sistema de garantías para protegerlos y tutelarlos.

EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO MECANISMO PARA SU DEFENSA

Derechos y garantías son dos categorías con significado propio, pero ambas están íntimamente relacionadas: Las garantías son la consecuencia de la importancia y lugar que se les ha atribuido a los derechos en los ordenamientos jurídicos. Por *garantías* se entiende el conjunto de medidas

técnicas e instituciones que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciadas por la Constitución, que son necesarias para la adecuada integración en la convivencia política de los individuos y grupos sociales.¹⁷

Valdría afirmar que las garantías de la Constitución son los instrumentos de que disponen los ciudadanos para reaccionar frente a una posible vulneración de alguno de los derechos o libertades que se reconozcan en ella. Y cuando se trate de garantías de la manifestación de voluntad del poder constituyente, frente a la voluntad de los poderes constituidos y, en particular, del legislador, se trata de garantías constitucionales, no de garantías individuales, en la medida en que protegen a la Constitución, no al ciudadano individualmente considerado.

En el sistema de garantías individuales, deben ocupar un lugar privilegiado las garantías judiciales, o sea, aquellas en que intervienen los tribunales para la preservación o restablecimiento de los derechos. Entre estas, cabe recalcar las generales u ordinarias (Fix Zamudio las denomina remedios procesales indirectos, refiriéndose a los procedimientos ordinarios) y las específicas son remedios procesales creados, exclusivamente, para el específico fin de proteger los derechos humanos. A su vez, estas últimas pueden ser ordinarias (cuando se trata de un procedimiento específico para la defensa de los derechos ante los propios órganos judiciales ordinarios, ejemplo el *hábeas corpus*) y extraordinarias (si se trata de un procedimiento específico para la defensa de los derechos ante órganos jurisdiccionales especializados, como es el caso de los recursos o procedimientos establecidos en algunos países, ante los tribunales constitucionales).¹⁸

Otras garantías que propician la defensa de los derechos son las de carácter procesal, que pueden ser creadas específicamente para la defensa de los constitucionales o ser parte de los procesos ordinarios que existen en Derecho, pueden ser catalogadas como jurisdiccionales, por el tipo de órgano ante el cual se presentan los procesos.¹⁹

El derecho en mención surge luego de culminada la Segunda Guerra Mundial, en Europa Occidental, como consecuencia de un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona y, entre estos, una tutela de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial.²⁰

¹⁷ Bayón Chacón y Pérez Botija: *Op. cit.*, p. 60.

¹⁸ Danelia Cutié Mustelier y Josefina Méndez López: «El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba», p. 30.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ El debido proceso es un concepto dinámico, guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia. Constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza, entre ellas, obviamente, las laborales, y a las peticiones y reclama-

El acceso a la justicia resulta ser uno de los temas que mayor atención recibe en la actualidad, dada la problemática existente en el orden práctico. Corresponde a las instituciones judiciales velar porque se logre una efectividad de los derechos, lo que se define como «[...] un acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada, a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza, religión o nacionalidad [...]».²¹

En este ámbito, es necesario que exista un verdadero empeño por el Estado para que la norma constitucional no quede en el espacio formal, como aconteció en sus inicios, cuando la ley suprema se asumía como un paliativo de complacencia, ante la pujanza de sectores sociales progresistas. Por ello, se aspira a que el principio de supremacía constitucional sea la más eficiente garantía de los derechos y libertades del individuo, «pues impone a los órganos estatales la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la Ley Fundamental, por lo que el sistema de garantías aparece siempre como el contrapeso indispensable a la actividad y actuación de los órganos del Estado».²²

Hoy día, las garantías jurisdiccionales son los medios idóneos para la protección de los derechos, al estar dotados de una serie de condiciones o cualidades que le permiten desempeñar con eficacia esta importante misión, pues, en efecto, la sola posibilidad de acudir a un órgano imparcial e independiente, dotado de la necesaria fuerza vinculante en sus decisiones, integrado por un personal especializado, puede permitir, a quien ve vulnerado o amenazado alguno de sus derechos, obtener reparación (con la consiguiente restitución) o protección en el pleno goce de su derecho.²³

Es decir, el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos es su protección judicial. A los órganos judiciales es a quienes está constitucionalmente atribuida la misión de tutelar los derechos e intereses

ciones que se plantean ante cualquier autoridad judicial o administrativa. (Vid. «El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos»).

²¹ Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón: «El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria en justicia», p. 112.

²² Ángel Mariño Castellanos *et al.*: «Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento», p. 325.

²³ Resulta interesante lo comentado por Miguel Carbonell en cuanto a que «las garantías jurisdiccionales de los derechos para ser efectivas, han de apoyarse en un triple ámbito de actuación: sobre todos los poderes públicos y sobre todos los poderes privados; sobre todos los derechos, con independencia de que se trate de derechos de libertad o derechos sociales; y hacia los espacios internacionales, de modo que los tribunales supranacionales puedan obligar también a los Estados a proteger los derechos de sus habitantes o a reparar las violaciones que ya hayan ocurrido». (Giancarlo Rolla: *Derechos fundamentales. Estado democrático y justicia constitucional*, p. 23).

legítimos; y, en definitiva, sus sentencias y resoluciones estarán dotadas de la autoridad de cosa juzgada y serán de obligatorio cumplimiento. En tal sentido, encontramos la protección judicial del derecho al trabajo ante los tribunales.

Por todo ello, los órganos judiciales se convierten en el escalón principal del sistema de garantías que puede proteger el derecho constitucional al trabajo.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO

Las cuatro constituciones que se gestaron en el período que abarcaron las guerras por la independencia de Cuba ocupan un momento importante en la historia constitucional cubana. De ellas, solo la de Guáimaro (de 10 de abril de 1869) consagró el derecho de todos los cubanos a la libertad y proclamó la abolición total y definitiva de la esclavitud, lo que refrenda en el Artículo 24, cuando dice que «todos los habitantes de la República son eternamente libres»²⁴ —además, marcó el inicio del reconocimiento de los derechos civiles y las garantías constitucionales a todos los ciudadanos cubanos, concepto jurídico que, por primera vez, se reconoce para distinguir al cubano del español—; y la de La Yaya (de 29 de octubre de 1897), como continuidad de la Constitución de Jimaguayú, también por vez primera, dedicó un título a los derechos y garantías ciudadanos, aunque se limita a enunciarlos, sin señalar los medios y vías para garantizar su disfrute.

Respondiendo a su contexto, estas constituciones reconocieron algunos derechos civiles y políticos y garantías constitucionales, pero no se refrendaron instituciones relacionadas con el derecho al trabajo, solo reconocidas por las leyes ordinarias, debido a que el país estaba bajo un régimen de esclavitud, hasta 1886, cuando fue abolida de forma oficial, aunque la aplicación fue paulatina y progresiva, en dependencia de las condiciones socioeconómicas existentes.

La primera Constitución de la República de Cuba formuló, ampliamente, las libertades públicas, bajo el título de «Derechos que garantiza la Constitución». Es importante la formulación de los derechos individuales que hizo esta, con independencia de que se trataba de un texto liberal que copiaba, en gran medida, la de Estados Unidos y daba paso a la Cuba neocolonial.

En materia de regulación de derechos, la Constitución de 1901 respondió a las doctrinas propias del constitucionalismo, y no recogió las necesidades populares. Fue, en realidad, tradicionalista y arcaica, sin que avanzara más allá del constitucionalismo latinoamericano. Las ideas plasmadas en ella son burguesas y conservadoras.

²⁴ Vid. «Historia del constitucionalismo cubano», en ea.wikipedia.org/w/index.php.

El 1.º de julio de 1940, la Convención constituyente adoptó un nuevo texto constitucional, que comenzó a regir el 10 de octubre de ese mismo año.

Junto a los tradicionales derechos civiles y políticos, el texto constitucional de 1940 reconoce un nuevo grupo de derechos, sin precedentes en otras constituciones cubanas, se trata de los derechos de la segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales que ponen de manifiesto la función social del Estado, premisa insoslayable para el pleno disfrute de estos; además, entre los objetivos primarios, tuvo «el establecimiento de una serie de derechos fundamentales, convertía en constitucionales instituciones que con anterioridad no habían tenido un respaldo legal de esta jerarquía, como lo fue el caso del trabajo, se establece un mínimo de salario, se regula el seguro social, la jornada máxima diaria, el descanso retribuido y la protección de la maternidad obrera».²⁵

El texto de 1940 contempló importantes principios, que reconocieron alternativas para dar solución a dificultades sociales de la comunidad. Brindó las bases para la jurisdicción del trabajo, mediante diversos derechos laborales: sindicalización patronal y obrera, huelga, paro, contratos colectivos, inamovilidad y traslados de fábricas y talleres, jornada máxima de trabajo, prohibición de trabajar a los menores de 14 años, descanso obligatorio, pago de los días festivos, limitación de los días inhábiles, garantía del salario mínimo, inembargabilidad del salario, prohibición de hacer los descuentos que no fueran autorizados por la ley y de efectuar los pagos en vales, fichas o mercancías, nacionalización del trabajo, higiene social, seguro de maternidad, seguridad social y prohibición de la inmigración que tendiera a envilecer las condiciones de trabajo.²⁶

Esta Constitución fue superior a la de 1901, respecto a la regulación del derecho al trabajo, ya que, por primera vez, se reconoce al obrero como clase fundamental, y se le brindan garantías mínimas asegurables al respecto, dado por el amplio movimiento obrero en Cuba y a nivel internacional, en la lucha contra el fascismo, apoyado por el Partido Comunista, situaciones que obligaban al Gobierno a una apertura democrática en beneficio del trabajador. Todo esto se reflejó en la Constitución, a pesar de que no se cumplieran los derechos en su totalidad.

La Constitución de 1940 fue una obra de referencia política importante, que sintetizó altos ideales y plasmó derechos por los que se había luchado en Cuba, desde el siglo XIX. En materia de garantías, reconoció la de tipo jurisdiccional, pues, de modo expreso, el Artículo 29 estableció el procedimiento de *habeas corpus* ante los tribunales ordinarios de justicia. Fijó, también, otra garantía de tipo jurisdiccional, a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, en sus dos modalidades de parte afectada

²⁵ *Idem.*

²⁶ Eulalia de la C. Viamontes Guilbeaux: *Instituciones del Derecho laboral cubano*, p. 11.

y de acción pública, y otorgó la competencia constitucional con carácter exclusivo a un órgano de la máxima instancia del poder judicial (el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales), instituido en el Artículo 172, segundo párrafo. La eficacia de esta garantía judicial superior fue, también, válida para los derechos laborales.

La Ley Fundamental de 1959 sostuvo una dimensión superior, en lo que a derechos sociales respecta, inscrita en un camino que posibilitaba nuevos avances hacia etapas superiores de la Revolución, en tanto las propias medidas revolucionarias estaban transformando la Constitución y le comenzaban a ofrecer garantías materiales al derecho al trabajo.²⁷

El Estado que se estableció en Cuba en enero de 1959 representó, desde los primeros momentos, una democracia real que respondía a los intereses de sectores populares. El rápido ritmo de transformaciones socialistas se debió a la existencia de un poder revolucionario, representante, en primer término, de la clase obrera y de sus derechos laborales.

LIMITACIONES DEL ACCESO A LA JUSTICIA LABORAL EN EL CONTEXTO ACTUAL

La garantía de los derechos económicos y sociales no solo está en su consagración formal en el texto constitucionalmente, sino en: el hecho económico, la participación activa de los sindicatos, la fijación de las condiciones de trabajo, la determinación de las escalas de salarios y la reducción constante de las horas de labor, de acuerdo con la producción socialista y con la productividad del trabajo. En cuanto a ello, Álvarez Tabío afirmó que «el hecho de que el Estado socialista cubano se preocupe de garantizar los derechos económicos y sociales no quiere decir que renuncie a la protección de los tradicionales derechos democráticos. Estos constituyen también parte inseparable de la democracia socialista».²⁸

La Constitución cubana coloca en primer plano los derechos económicos y sociales, en especial el derecho al trabajo, reconocido específicamente en el Artículo 45: «El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano [...]» y «al proporcionarlo se atienden las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador y su aptitud y calificación [...]».

En tal sentido, Álvarez Tabío apuntó que «el derecho al trabajo lo asegura la organización socialista de la economía nacional, el aumento constante de las fuerzas productivas y el desarrollo impetuoso de la economía».²⁹

²⁷ Julio Fernández Bulté: «La Constitución de 1940 desde nuestra actual perspectiva», p. 18.

²⁸ Fernando Álvarez Tabío: *Comentarios a la Constitución Socialista*, p. 186.

²⁹ *Ibid.*, p. 190.

El texto constitucional socialista cubano, con relación al sistema de garantías, no ha sido lo suficientemente preciso. Aun cuando al Capítulo VII lo denomina «Derechos, deberes y garantías fundamentales», no distingue los derechos de las garantías, tal es el caso del «[...] derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes [...]» (Artículo 63), ni se sistematizan adecuadamente los medios necesarios para una pronta y eficaz tutela de los derechos, frente a posibles atentados o amenazas de estos.³⁰

Para los derechos objeto de estudio la Constitución cubana no establece ningún procedimiento o mecanismo especializado. Son las leyes de desarrollo de los derechos laborales y la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico las que, en mayor medida, introducen en el sistema instrumentos garantistas para los derechos laborales. Entre ellos, encontramos el procedimiento judicial ordinario que establece la referida ley ritaria; el administrativo interno, establecido para la seguridad social a largo plazo, en única instancia ante el tribunal provincial; y el procedimiento ante los órganos de justicia laboral de base (OJLB), sin olvidar la regulación jurídica por sectores que causan una diversidad de regímenes laborales.

En virtud de que no se cuenta con un proceso especial para su protección, en tanto no hay jurisdicción especial con competencia constitucional que pueda emplearse una vez agotada la vía ordinaria, que garantizaría incluso un control indirecto de la constitucionalidad de las leyes, se hace necesario fortalecer el acceso a la justicia en sede ordinaria. Si bien no está reconocido este derecho expresamente en nuestra Constitución vigente, no debemos olvidar que esta establece que todas las personas gozan de los derechos, libertades y garantías reconocidas en ella, sin distinción alguna, lo que implica que todos podemos acceder a la protección que brinda la jurisdicción ordinaria, garantía que se encuentra establecida en el Artículo 120 de la Constitución, el cual determina que «la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular [TSP] y los demás tribunales que la ley instituye». Este precepto exige que las personas accedan sin limitaciones innecesarias a la justicia.

El proceso laboral ofrece limitaciones para el acceso a la justicia, las que se manifiestan sustancialmente en la legislación ordinaria que articula el actual sistema de justicia laboral, y se aplica a la solución de los litigios que, con motivo de la imposición de medidas disciplinarias o el reconocimiento, concesión y reclamación de los derechos emanados de la legislación laboral, se susciten entre los trabajadores, o entre estos y las administraciones de las entidades laborales. Las limitaciones alcanzan máxima relevancia en el actual contexto del país, en tanto nos hallamos inmersos en un proceso de reordenamiento laboral que, por fuerza, implicará inconformidades y posibles afectaciones a los derechos laborales fundamentales.

³⁰ Cutié Mustelier y Méndez López: *Op. cit.* p. 82.

Por tanto, al no existir, en el contexto cubano actual, la jurisdicción constitucional, como garantía de la legalidad, deben existir mayores posibilidades de acceso a la justicia en materia laboral, a través de los procedimientos ordinarios, que resultan insuficientes en este ámbito, lo que coadyuvaría al fortalecimiento del sistema económico-social, sobre la base de una mayor seguridad jurídica que tributará al fortalecimiento del Estado de Derecho y de satisfacción de las aspiraciones personales de los trabajadores en conflictos, en particular, y a la estabilidad de las relaciones sociales, en general.

LIMITACIONES EN PROCESOS QUE MODIFICAN EL ESTATUS DEL TRABAJADOR

Para la solución de conflictos ante los OJLB

Este procedimiento ofrece limitaciones tanto en los procesos disciplinarios como en aquellos donde han sido declarados trabajadores disponibles, que impiden que sea una vía óptima en la tutela eficaz de los derechos que han sido vulnerados y que se encuentran reconocidos constitucionalmente, como es el derecho al trabajo.

En tal sentido, la simplificación del uso de la vía judicial surgida con la creación de los OJLB, que como bien se ha dicho, es la instancia definitiva con respecto a los conflictos surgidos por la aplicación de medidas que no modifican, o lo hacen por un tiempo determinado, el estatus laboral del trabajador, reduce la actuación de los tribunales solo para aquellas reclamaciones que se establezcan contra las decisiones de los OJLB, que impliquen una variación definitiva de la situación laboral del trabajador y en materia de derechos laborales.

De ahí que en la vía prejudicial el proceso para la solución de conflictos laborales no cumple estrictamente con el debido proceso, toda vez que al analizarlo de cara a cada uno de los derechos que lo conforman, se observa lo siguiente:

En cuanto al derecho de libre acceso a los tribunales (en la fase de iniciación), se entiende que el principio de unidad jurisdiccional se ve limitado, toda vez que las partes inconformes en el procedimiento laboral, en la vía judicial, no tienen el libre acceso a los tribunales, pues están obligados —por lo dispuesto en el Artículo 49 de la Resolución conjunta No. 1, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) y el TSP—, a establecer demanda ante el tribunal popular correspondiente, por conducto del OJLB, cuando la medida inicial aplicada consista en traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación, o de condiciones laborales distintas, con

pérdida de la que ocupaba el trabajador o la medida de separación definitiva de la entidad, y en materia de derechos laborales.

Los casos que impliquen la imposición de una medida que modifique temporalmente el estatus laboral del trabajador, como lo son: la suspensión del vínculo laboral con la entidad por un período de hasta 30 días, y el traslado temporal a otra plaza de menor remuneración o calificación, o condiciones laborales distintas, con derecho a reintegrarse a su plaza, por un término de hasta un año, debe permitirse la posibilidad de acceso a la vía judicial para la defensa del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente, como acontece con la separación definitiva de la entidad y el traslado con pérdida, que deben mantenerse con iguales posibilidades como hasta el presente.

En el traslado temporal a otra plaza de menor remuneración o calificación, o de condiciones laborales distintas por un término de hasta un año, con derecho a reintegrarse a su plaza, existe la alternativa de afectar al trabajador en sus condiciones habituales de trabajo, pues el objetivo de esta es provocarle una molestia, que puede ser, por ejemplo, en una dependencia del centro de trabajo que se encuentra en otro municipio, distante de su vivienda, y en la que desempeñará una tarea retribuida con el mismo salario que devengaba, pero con el inconveniente de la distancia. Las condiciones de trabajo son importantes para la estabilidad síquica y física del trabajador, y su alteración para otras peores, aunque no disminuya el salario, perturba su tranquilidad.

Por ello, se llega a la conclusión de que esta es una de las medidas más graves de todas las aplicables a un trabajador; con ella, él recibe una afectación sensible en su vida laboral, pues recibirá un salario menor, durante el tiempo que determine la administración, el cual no debe ser superior a un año.

De ahí se parte para que ambas medidas puedan integrar el grupo de las que son competencia de los tribunales municipales populares (TMP) y, por consiguiente, el correspondiente acceso a la vía judicial, según el procedimiento establecido.

En nuestro ordenamiento jurídico, resulta igualmente limitado el acceso a la justicia para la defensa de los derechos, especialmente en aquellos procesos donde han sido declarados trabajadores disponibles, como resultado de la adopción de determinadas medidas para garantizar el empleo racional de la fuerza laboral y el fortalecimiento del papel del salario, en lo que rige el principio de la idoneidad demostrada en la determinación, por el jefe máximo de la entidad, pues, aunque la persona declarada disponible puede acudir a los tribunales, quedó introducido en el Artículo 35 de la Resolución No. 34, de 6 de septiembre del año 2011, dictada por el MTSS, la incompetencia de los órganos encargados de la solución de los conflictos laborales en el país, para resolver el fondo de las inconformidades de los trabajadores con dicha declaración.

El procedimiento establecido para la solución de conflictos en materia laboral ante los OJLB, no resulta lo suficientemente efectivo en la práctica judicial, en virtud de que la existencia de las limitaciones que, en el orden legal subsisten para acceder a la justicia, imposibilitan el pleno ejercicio de los derechos laborales reconocidos constitucionalmente y que, a su vez, algunas de ellas están presentes en el procedimiento al que me referiré a continuación.

Para la solución de conflictos ante los TMP

El procedimiento ante los tribunales se inicia con la presentación de la correspondiente demanda por inconformidad de alguna de las partes. Su diseño actual ofrece limitaciones, pues este procedimiento, al igual que el establecido para los OJLB impide que la rama laboral sea una vía óptima en la tutela eficaz de los derechos laborales constitucionalmente reconocidos, pues, contra el fallo dictado por los TMP, no procede recurso alguno ante la Sala de lo Laboral de la instancia provincial, ni en materia de disciplina ni de derechos laborales, como expresamente lo preceptúa el Artículo 24 del citado Decreto Ley No. 176, lo que así mismo constituye otra limitación legal, con excepción de los autos definitivos dictados por los referidos tribunales, en los que resuelven las cuestiones de fondo planteadas en el asunto, según lo instituido en el apartado sexto de la Instrucción No. 197,³¹ y en los casos donde dicha instancia resulta el primer órgano interviniente en el conocimiento del asunto, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 254 c) de la Ley No. 49.³²

Contra lo resuelto por los TMP, en virtud de las reclamaciones de los trabajadores contratados en los sectores privado y cooperativo, y de algunos

³¹ Instrucción No. 197, de 12 de febrero de 2010, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), «Apartado Sexto: Contra las sentencias dictadas por los Tribunales municipales populares en los asuntos que resuelven como única instancia judicial, de conformidad con el artículo 24 del Decreto Ley No. 176 de 1997, no cabe recurso alguno, y son, en consecuencia, de inmediato cumplimiento para las partes. Los Autos dictados en dichos casos, poniendo fin al asunto, son recurribles en apelación ante la Sala de lo Laboral de los Tribunales Provinciales Populares y el Tribunal Especial Popular Isla de la Juventud». En este supuesto, se incluyen los autos que se dictan en los procesos laborales donde han sido declarados trabajadores disponibles, y el tribunal dispone la no admisión de la demanda, cuando, del previo estudio de esta y sus antecedentes, quedó debidamente acreditado que el origen de la reclamación recae exclusivamente en la decisión de la autoridad facultada para declarar disponible al trabajador, con el fundamento de que es el mejor derecho de este, con relación a otros trabajadores, a partir de su mejor desempeño laboral. También aquellos que se dictan por la incomparecencia reiterada del demandante, sin alegar justa causa, el desistimiento, entre otros casos.

³² Ley No. 49, Artículo 254, inciso c): Los tribunales municipales populares conocen de las reclamaciones de los trabajadores contratados en los sectores privado y cooperativo sobre sus derechos laborales y las solicitudes de sus administraciones sobre la aplicación de medidas disciplinarias.

centros de trabajo que, debido a su objeto social, no poseen OJLB, cabe la posibilidad de interponer recurso de apelación ante la sala provincial.

Otra de las limitaciones que están presentes en este procedimiento consisten en que la Sala de lo Laboral del TSP no conoce todos los casos de solicitudes de revisión, ya que solamente se someten a dicho órgano jurisdiccional las medidas que impliquen la separación definitiva de la entidad y los procesos donde se reclaman cuestiones relativas a los derechos laborales, lo que también puede generar un posible estado de indefensión.

A su vez, existen limitaciones relativas a las restricciones para el uso de la vía judicial, especialmente en los casos donde se ha determinado sobre la disponibilidad laboral de un trabajador. En ellos, se permite el acceso a la justicia, pero solamente para resolver cuestiones relacionadas con violaciones de los aspectos formales de las normas y procedimientos, por lo cual ni el tribunal ni el OJLB pueden resolver las cuestiones de fondo planteadas por las partes en el proceso, lo que constituye una flagrante limitación de las garantías no solo procesales, sino de los derechos laborales refrendados constitucionalmente.

Lo dispuesto para dar solución a este tipo de procesos, trascendió a la actuación de los tribunales populares;³³ por ello, el CGTSP se vio obligado a la realización de determinadas precisiones a tener en cuenta en la vía judicial, en el proceso de interpretación y aplicación de la norma en la tramitación y solución de las inconformidades que se presentan, a fin de garantizar la eficacia de la justicia laboral, a través de una práctica coherente en el país, y lo hizo con la aprobación de la Instrucción No. 203;³⁴ no obstante, en modo alguno, subsana la limitación legal existente, cuando se acude a la vía legal.

De lo anterior se infiere que, en este tipo de procesos, existe el derecho a acudir a los tribunales, pero de forma limitada, producto de la incompetencia de los órganos encargados de dirimir los conflictos laborales para resolver las cuestiones de fondo en los asuntos donde haya sido declarado disponible algún trabajador.

Asimismo, la eficacia en la tutela de los derechos laborales puede ponerse en peligro, si tenemos en cuenta que la vía protectora es el propio procedimiento ordinario laboral, donde se ventilan las reclamaciones por presuntas lesiones de derechos de los trabajadores, unidos a cuestiones

³³ En el sentido de que los tribunales populares, hasta ese momento, habían mantenido otra actuación en la tramitación y solución de los conflictos de esta naturaleza, en correspondencia con lo estipulado en la Resolución No. 8 de 2005, dictada por el MTSS, denominada Reglamento general sobre relaciones laborales.

³⁴ Instrucción No. 203, de 9 de octubre de 2010, dictada por el CGTSP, que establece el procedimiento a seguir por los TMP, cuando le presenten demandas relacionadas con la declaración de disponibilidad laboral de un trabajador.

de mera legalidad, lo que conduce a que la protección de los derechos ante esta vía se haga de manera equivalente a la de cualquier otro derecho o interés alegado.

COROLARIO

De lo expuesto, se concluye que el subsistema de garantía jurisdiccional en el país posee ventajas o potencialidades que están relacionadas con la función de impartir justicia, la que dimana del pueblo y es ejercida, en nombre de este, por los tribunales (Artículo 120 de la Constitución), los tribunales son órganos independientes e imparciales (121 y 122), la fuerza obligatoria de sus fallos (123), efectos reparadores de los fallos, composición dual, integrados por jueces legos y profesionales (124), elección popular de los jueces, condiciones políticas, morales y sociales para ostentar la condición de juez.

Sin embargo, la vía de los trabajadores para acceder a estos procesos se encuentra limitada y, en algunos casos, resulta significativamente perjudicial para la protección de sus derechos laborales fundamentales. El subsistema de garantía jurisdiccional en Cuba requiere de un perfeccionamiento, para que pueda cumplir con calidad y eficacia la importante función de defensa de los derechos laborales reconocidos constitucionalmente, máxime cuando los tribunales ordinarios están entre los protagonistas de esta alta misión que le ha sido encomendada por la Constitución y la Ley No. 82/97, «De los tribunales populares».

Estos criterios se refuerzan, además, con el propio contenido de la Constitución al esbozar determinados preceptos que orientan hacia una posición que ponen en un alto plano el reconocimiento de los derechos de los trabajadores en correspondencia con el contenido político, social y económico de la sociedad. Sin embargo, no puede limitarse solamente a ello, ni a la exigencia de los deberes de la comunidad, sino que ha de garantizar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos del titular de la soberanía. Por tanto, el modelo constitucional socialista debe reforzar las garantías judiciales a los derechos fundamentales en materia laboral. A fin de cuentas, es un Estado de trabajadores, lo cual exige un derroche de garantías para garantizar su defensa y la igualdad de derechos y deberes en el acceso a los mecanismos establecidos para ello.³⁵

No obstante, de *lege ferenda*, parece que persistirán las mismas dificultades en materia laboral, pues se le continúa otorgando al OJLB la facultad para conocer y resolver el asunto, solamente cuando se trate de medidas

³⁵ Capítulo VI, «Igualdad», Artículo 41 de la Constitución cubana: «Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes».

que no modifican definitivamente el estatus laboral del trabajador,³⁶ y su incompetencia para resolver las cuestiones de fondo, en aquellos procesos donde han sido declarados trabajadores disponibles.³⁷ De igual forma, se mantienen las limitaciones en el procedimiento para la solución de conflictos ante los tribunales populares,³⁸ por lo que debemos encaminarnos hacia el perfeccionamiento de los procedimientos ordinarios en la esfera laboral, y deshacernos de las limitaciones para el acceso a la justicia, en los procesos disciplinarios donde se modifica temporalmente el estatus laboral del trabajador, y en aquellos en los que han sido declarados trabajadores disponibles.

CONCLUSIONES

1. El derecho constitucional al trabajo surgió como resultado del constitucionalismo social, a inicios del siglo pasado, unido a la gran pujanza de la clase obrera por lograr una regulación justa de los problemas sociales de todos y cada uno de los países. Su reconocimiento se estableció en diferentes textos constitucionales en el mundo y ha venido propiciando, en diferentes estados, la aplicación directa de las normas internacionales relativas a la materia. Ello significó una evolución de su protección jurídica, resultado de reconocer su importancia socioeconómica.
2. El acceso a la justicia es un derecho de generalizado reconocimiento constitucional para la tutela y protección de los derechos humanos, como medio idóneo para contribuir a la defensa del derecho vulnerado o amenazado. Al derecho constitucional al trabajo, en tanto derecho social, generalmen-

³⁶ Artículo 165 del Anteproyecto de Código de trabajo, aprobado por el Acuerdo No. VII-85, de la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), el 13 de diciembre de 2012, el cual, concretamente, establece que el OJLB constituye la única y primera instancia cuando las medidas disciplinarias consistan, desde la amonestación pública hasta el traslado temporal.

³⁷ Artículo 66 del Anteproyecto del Reglamento del Código de trabajo, aprobado mediante Acuerdo de la ANPP: «Cuando el trabajador aprecie que en la determinación de su disponibilidad existen violaciones de las normas y procedimientos puede reclamar ante los órganos y autoridades de conformidad con el procedimiento vigente para la solución de los conflictos de trabajo».

³⁸ Artículo 168, segundo párrafo, y 169, del Anteproyecto de Código de trabajo. Respectivamente, establecen que: «Contra lo resuelto por los Tribunales municipales populares en materia de disciplina y de derechos de trabajo no procede recurso ni en lo administrativo, ni en lo judicial» y «El trabajador o la administración inconforme con la sentencia firme, en materia de derechos y de disciplina de trabajo, cuando la medida inicial sea la separación definitiva de la entidad, puede solicitar la promoción del procedimiento de revisión ante la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular».

te, no le son reconocidas garantías especiales para su protección, lo que refuerza la importancia del pleno acceso a la justicia en materia laboral.

3. El primer antecedente constitucional del derecho al trabajo, en Cuba, se encuentra en la Constitución de 1940, mediante la cual la clase obrera consigue que se reconozca con esta jerarquía. El acceso a la justicia para su protección, si bien no se reconoce expresamente en esa Constitución, instrumentó mecanismos jurisdiccionales ordinarios y especiales para la defensa de los derechos, incluidos los laborales, en tanto permitía el acceso, pero de forma limitada, pues resultaba imposible alcanzar una verdadera justicia ante la desigualdad y la falta de garantías materiales que imperaba en ese sistema.
4. El procedimiento laboral, en el contexto actual, en los diferentes procesos establecidos para la solución de los conflictos laborales, presenta determinadas limitaciones para acceder a la justicia, especialmente en los procesos disciplinarios que modifican temporalmente el estatus laboral del trabajador, donde se limita el acceso a la vía judicial; y en aquellos en los que han sido declarados trabajadores disponibles, debido a la incompetencia de los órganos encargados de dirimir los conflictos para determinar sobre la disponibilidad laboral de un trabajador, todo lo cual afecta la defensa de los derechos laborales reconocidos constitucionalmente, como el derecho al trabajo (Artículo 45), descanso semanal después de las jornadas de ocho horas, y vacaciones anuales pagadas (46), sistema de seguridad social a todo trabajador y a su familia, en caso de muerte (47), asistencia social (48) y protección e higiene del trabajo (49). Como parte del perfeccionamiento legislativo que acontece en nuestro país, se hace necesario mejorar el procedimiento laboral cubano, ofreciéndoles a los ciudadanos mejores garantías para la protección de sus derechos, en tanto el mero reconocimiento constitucional del derecho al trabajo es oportuno e imprescindible, pero no suficiente *per se* para garantizarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Pascaud, Vivian: «*Apuntes sobre la jurisdicción laboral en Cuba*», en *Justicia y Derecho*, año 10, no. 18, junio de 2012, La Habana, pp. 22-30.
- Aguirre, Sergio: «*Antecedentes históricos del movimiento obrero cubano*», en *Ecós de camino*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1974.
- Álvarez Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.
- Bayón Chacón, G. y E. Pérez Botija: *Manual de Derecho del trabajo*, vol. I., t. 1, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1957.

- Carbonell, Miguel: *Un sistema moderno de derechos. Propuesta para reformar la Constitución mexicana*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2002.
- Carbonell Cortina, Néstor: «La Constitución de 1940, simbolismo y vigencia», en www.ascecuba.org/publications/proceedings/volume7/pdfs/carbon.pdf [consulta: 8 de octubre de 2013].
- Cutié Mustelier, Danelia y Josefina Méndez López: *El sistema de garantías de los derechos humanos*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2001.
- «El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos». (Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a *Opinión Consultiva 8/03*, de 17 de septiembre de 2003), en *Condición jurídica y derechos de los emigrantes indocumentados* (www.cidh.org/coun/tryrep/accesodesc67sp/accesodesciv.sp.htm) [consulta: 13 de abril de 2013 10:45 a.m.].
- Fernández Bulté, Julio: «La Constitución de 1940 desde nuestra actual perspectiva», en *Revista de la Sociedad Cultural José Martí*, no. 20, La Habana, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, et al.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- Fix-Fierro, Héctor y Sergio López-Ayllón: «El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria en justicia», en *Memorial del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. 1, UNAM, México D. F., 2001.
- García Laguardia, Jorge M. y David Pantoja Morán: «Los derechos del hombre en el Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana» y «Tres documentos constitucionales en la América española preindependiente», en www.bibliojuridica.org/libros-libro.htm?l=808 [consulta: 14 abril de 2013, 10:30 a.m.].
- Garcini Guerra, Héctor et al.: *Derecho constitucional*, Editora Universitaria, La Habana, 1975.
- «Historia del constitucionalismo cubano», en ea.Wikipedia.org/w/index.php, [consulta: 8 de octubre de 2013, 2:00 p.m.].
- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, aprobados el 18 de abril de 2011.
- Martín Sánchez, Antonio Raudillo: «Apuntes para una reforma del sistema de justicia laboral cubano», La Habana, 2004 (soporte digital).
- _____ : «La política de empleo en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, año XII, no. 21, enero-junio de 1983, La Habana, pp. 123-140.
- Matilla Correa, Andry: *Panorama de la ciencia del Derecho en Cuba*, Universidad de La Habana, 2009.
- Pérez Botija, Eugenio: *El Derecho del trabajo. Concepto, substantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- Pérez Luño, A. E. (editor): *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, 1979.

- Prieto Valdés, Martha: «El sistema de defensa constitucional cubano», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 26, julio-diciembre, La Habana, 2005.
- Prieto Valdés, Martha y Lissette Pérez Hernández: «Los derechos humanos de los cubanos, su protección y defensa. Análisis y propuestas», La Habana, 2006 (soporte digital).
- Rodríguez Fernández, Yumil: *Los tribunales en Cuba. Pasado y actualidad*, ONBC, La Habana, 2013.
- Rurup, Reinhard: *Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar* [s.m.d.].
- Silvera Martínez, Oscar Manuel: «Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales», en *Justicia y Derecho*, año 9, no. 17, diciembre de 2011, La Habana, pp. 174-180.
- Rolla, Giancarlo: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México D. F., 2002.
- Viamontes Guilbeaux, Eulalia de la C.: *Derecho laboral cubano. Teoría y legislación*, 2.ª ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- _____ : «Instituciones del Derecho laboral cubano», en Colectivo de autores, *Formación jurídica para cuadros del Estado*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Villabella Armengol, Carlos M.: *Selección de constituciones iberoamericanas*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Legislación

- «Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 2, ed. esp., 24 de febrero de 1976, La Habana.
- «Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en julio de 1992», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 7, ed. extraord., 1.º de agosto de 1992, La Habana.
- «Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en julio de 1992 y en junio de 2002», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 3, ed. extraord., 31 de enero de 2003, La Habana.
- Constitución del imperio alemán, de 11 de agosto de 1919*, Editorial Athenaeum, Zaragoza, 1930.
- «Ley No. 49, “Código de trabajo”, de 28 de diciembre de 1984», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 2, 23 de febrero de 1985, La Habana.
- «Ley No. 59, “Código civil”, de 16 de julio de 1987», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 9, 15 de octubre de 1987, La Habana.
- «Ley No. 105, “De seguridad social”, de 27 de diciembre de 2008», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 4, 22 de enero de 2009, La Habana.
- Ley No. 7, «De procedimiento civil, administrativo y laboral», de 19/8/1977.

Decreto Ley No. 176, «Sistema de justicia laboral», de 15 de agosto de 1997, MINJUS, La Habana, 1999.

Resolución Conjunta No. 1, de 4 de diciembre de 1997, MTSS-TSP, MINJUS, La Habana, 1999.

«Resolución No. 8, “Reglamento general sobre relaciones laborales”, MTSS, de 1.º de marzo de 2005», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 14, 31 de mayo de 2005, La Habana.

«Resolución No. 34, “Reglamento sobre el tratamiento laboral y salarial aplicable a los trabajadores disponibles e interruptos” del MTSS, de 6 de septiembre de 2011», en *Regulaciones sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia y los procesos de reducción de plantillas infladas*, La Habana, 2011.

NECESARIO REFORZAMIENTO DEL DERECHO A LA DEFENSA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

*M.Sc. Noel Rodríguez González¹
juez profesional, TPP de Sancti Spiritus*

EL DERECHO DE defensa, entendido como la posibilidad de todo imputado a contar con el tiempo y medios adecuados para ejercer su defensa, en todo proceso judicial, constituye un derecho de vital importancia, entre los que conforman lo que hoy conocemos como el *debido proceso*.²

Este derecho se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en la legislación interna de los estados. Sin embargo, la realidad muestra que existen diferencias en cuanto a su regulación y, por otra parte, es vulnerado o ignorado, ya sea por legislaciones secundarias o por los propios actuantes del sistema judicial.

A pesar de que el tema del derecho a la defensa ha sido considerado por muchos autores extranjeros y cubanos, en profundidad, y tratado en varios eventos, bajo diferentes aspectos, bien vale la pena que se siga abordando. No ha perdido vigencia, y deviene asunto importante de estudio y enriquecimiento, máxime que aún no han iluminado las necesarias reformas que permitan al proceso penal cubano alcanzar, como dijera Bodes Torres, «niveles superiores de eficiencia y equidad».³

La mayoría de los autores coinciden en la necesidad de reformar el proceso penal y la reformulación de este derecho en la Constitución, pero no existe consenso en varios aspectos de cardinal importancia, a saber: ¿en qué forma se garantiza este derecho desde la Constitución de la República?, ¿en qué momento el imputado debe ser parte en el proceso penal?, ¿a partir de qué momento debe el imputado ejercer el derecho a la defensa material y técnica?, ¿debe traerse la defensa de oficio a la fase previa?

La clasificación del derecho a la defensa como un derecho, garantía o principio va a depender, también, de cómo se regule y se interprete en los ordenamientos jurídicos, en lo relativo a la salvaguarda de la libertad individual de los procesados.

¹ Tutora: Dra. Ángela Gómez Pérez.

² Algunas consideraciones al respecto, podemos encontrarlas en [Marcos Vásquez Espina](#), «El debido proceso, una perspectiva procedimental práctica», p. 5.

³ Jorge Bodes Torres: «Justicia en Cuba», p. 6.

El Estado moderno, en la creación del derecho que le es inherente, no solo ha de sancionar un sistema de normas que garanticen el correcto desarrollo de dichas relaciones, y en defensa del orden social que propugna y representa, sino que, paralelamente, ha de dotar al individuo de garantías y derechos que armonicen equilibradamente entre su poder de penar y el derecho de aquel a defenderse, a la vez de garantizar el respeto a los sagrados fueros de su dignidad como ser humano. Y dentro de estos derechos, que ha llevado a la altura de su ley fundamental, se halla el derecho a la defensa, que acompaña al hombre desde el día de su nacimiento hasta el momento de su muerte y que jamás la humanidad ha desconocido.

En Cuba, el derecho a la defensa aparece expresamente reconocido en la Constitución, específicamente en el Capítulo VII, «Derechos, deberes y garantías fundamentales».

De lo anterior, se deriva que el derecho a la defensa se reconoce expresamente como un derecho y alcanza la categoría de derecho fundamental; pero, a la vez, hace función de garantía.

A diferencia de lo que sucedía en el procedimiento inquisitivo en el cual el imputado era un simple objeto procesal y, por tanto, de investigación, carente de todo derecho, cuyo papel era, básicamente, el de, a su costa, obtener la confesión *regina probatorum*, para sobre su base dictar una sentencia condenatoria, hoy el imputado es sujeto procesal y titular indiscutible del derecho más esencial que ha de hacerse valer en una sociedad democrática, como es el de libertad.

Lo que se cuestiona es el momento inicial, a partir del cual puede intervenir en el proceso o, dicho de otra manera, el momento a partir del cual el imputado goza de su derecho.

El derecho de defensa es aquel a través del cual se hace efectiva dicha libertad; no puede, en consecuencia, y máxime en un Estado social, ser calificado como derecho de titularidad privada; por el contrario, todos los intervinientes en el proceso penal, y en la medida en que el derecho de defensa goza de naturaleza pública, están obligados a hacerlo eficaz y tutelar al imputado por encima de otras consideraciones.

Es por todo ello que el derecho a la defensa implica la facultad de ser oído en todo el proceso, la de controlar la prueba de cargo, la de probar los hechos que él mismo invoca, la facultad de abstenerse a declarar, el respeto a su integridad física entre otros. Pues el derecho de defensa, más que el derecho a nombrar abogado o tener un abogado defensor, en la más temprana fase del proceso, es la garantía de formar parte activa de este, tener la posibilidad de aportar cuantas pruebas se entiendan pertinentes y controvertir las de la acusación. Como afirma Maier:⁴ «En realidad, todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en el que una persona es

⁴ B. J. Maier: *Derecho procesal penal*, p. 548.

indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues desde ese momento peligrará su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal». Puede, entonces, desde ese momento, ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia de ese poder penal.

Tal derecho ha sido tradicionalmente distinguido como defensa material y defensa formal. La primera, entendida como la ejercitada por el propio imputado, interesado en impedir que se demuestre su culpabilidad, que implica su capacidad de intervenir en el proceso y realizar algunas actividades: hacerse oír en aclaración de los hechos o mantenerse en silencio, proponer y examinar pruebas, solicitar la designación de peritos, participar en interrogatorios a testigos, decir la última palabra en el juicio oral, etc. Mientras que la defensa técnica es la practicada por su abogado o letrado (conocedor del Derecho), que es imprescindible para obtener mejores perspectivas de éxito, partiendo de que el conflicto que ha generado la imputación, reviste un carácter jurídico.

La defensa técnica es la de mayor relieve en el procedimiento penal, y puede resumirse en las siguientes características principales:

- a) El derecho a la asistencia letrada consiste en la facultad que tiene el imputado de elegir un abogado de su confianza. En virtud de esa misma facultad, también, puede revocar el nombramiento del defensor y designar a otro.
- b) La actuación del defensor no puede colisionar con la voluntad del defendido. El abogado defiende los intereses del imputado.
- c) El derecho de defensa es irrenunciable. Si el inculcado asume una actitud pasiva en el proceso y no quiere defenderse, manifestando su rechazo a la asistencia de letrado, el ordenamiento jurídico prevé la actuación del defensor.
- d) La defensa técnica es obligatoria, pues aun cuando el imputado no lo nombra la ley prevé su designación de oficio.

TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA DEFENSA EN ALGUNOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

El derecho a la defensa, como ya he planteado, está consagrado en los textos constitucionales en concordancia con las normas contenidas en los tratados y convenios. Por ello, en la búsqueda de características que puedan ser tomadas en consideración en el caso de Cuba, se realiza una valoración desde una perspectiva comparada de su regulación en otros países latinoamericanos, tanto desde el punto de vista constitucional como en las legislaciones complementarias.

Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 20 de diciembre de 1999, en el Artículo 49, reconoce la defensa material y técnica como derechos inviolables del imputado en todo estado y grado del proceso, le garantiza el derecho a ser oído y el acceso activo a este, desde el inicio de la investigación, cuya notificación tiene carácter obligatorio.⁵

Por su parte, el *Código orgánico procesal penal*, de 20 de enero de 1998, dedica un título preliminar para reconocer los principios y garantías procesales, entre los que se encuentra el principio de defensa e igualdad entre las partes, recogido en el Artículo 12, en el cual se reconoce que «la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. Corresponde a los jueces garantizarlo sin preferencias ni desigualdades [...]».⁶

En lo que respecta a la designación de abogado, este Código, según el Artículo 122, permite que el imputado sea asistido, desde los primeros momentos de la investigación, por un defensor designado por él o por sus parientes y, en su defecto, por un defensor público.⁷

De no ejercitar el derecho de nombrar abogado, el Artículo 134 le concede al juez la facultad de designar un defensor público, desde el primer acto del procedimiento o perentoriamente antes de prestar declaración. El juez, también, puede admitir que el imputado se defienda personalmente, siempre y cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica. No obstante, la intervención del defensor no es óbice para que el representado en ejercicio de su derecho, formule solicitudes y observaciones.⁸

Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador (de 1978, con reformas en 1984, 1992 y 1995), en el Capítulo 2, sobre los derechos civiles, en el nu-

⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁶ Código orgánico procesal penal de Venezuela, de 20 de enero de 1998.

⁷ Artículo 122. *Derechos*. El imputado tendrá los siguientes derechos:

1.º Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan; 2.º Comunicarse con sus familiares, abogado de su confianza o asociación de asistencia jurídica, para informar sobre su detención; 3.º Ser asistido, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor que designe él o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público.

⁸ Artículo 134. *Nombramiento*. El imputado tiene derecho a nombrar un abogado de su confianza como defensor. Si no lo hace, el juez le designará un defensor público desde el primer acto de procedimiento o, perentoriamente, antes de prestar declaración.

Si prefiere defenderse personalmente, el juez lo permitirá sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica. La intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.

meral 10 del Artículo 24, reconoce el derecho a la defensa como una de las garantías básicas para asegurar el debido proceso.

Se establece que

nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.

En el numeral 5, además, establece que

ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria.⁹

El Código de procedimiento penal de la República del Ecuador, de 13 de enero de 2000, en los artículos 11 y 12, reconoce el derecho del imputado a intervenir en todos los actos del proceso, y el derecho a designar un defensor; de no hacerlo, se le designa de oficio por el juez, antes de su primera declaración. El juez o tribunal puede autorizar que el imputado se defienda por sí mismo, en cuyo caso el defensor se limitará a controlar la eficacia de la defensa técnica.¹⁰

Resulta atinado destacar que, desde la propia Constitución, se señala, expresamente, la obligatoriedad de la presencia del defensor para cualquier acto procesal en cualesquiera de las fases del procedimiento, so pena de la nulidad de lo actuado con infracción de esta exigencia, como garantía plena que no deja margen de dudas, ni siquiera al propio legislador sobre la intención política de proteger este derecho.

Colombia

La Constitución política de la República de Colombia, de 1991 (con las reformas de 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005, actualizada hasta el Decreto No. 2576, de 27 de julio de 2005), reconoce el derecho a la defensa, entre los derechos fundamentales que postula, en el Capítulo I del Título II. En el Artículo 29, se reconoce al sindicado el derecho a la defensa y a ser asistido por el abogado de su elección

⁹ Cfr. Artículo 24 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁰ Código de procedimiento penal de Ecuador, de 13 de enero de 2000.

o designado de oficio en todas las etapas del proceso, con la posibilidad de proponer pruebas de descargo e impugnar las de cargo, por lo que se le concede una participación activa.¹¹

En Colombia, la Constitución política establece el deber de reglamentar por ley los supuestos en los que la persona puede acceder a la administración de justicia sin representación de abogado, pero sin limitar el acceso a la administración de justicia mediante la defensa cautiva.

El Código de procedimiento penal (Ley No. 600, de 24 de julio de 2000) reconoce, en todas las fases del procedimiento, el derecho a la defensa técnica y material en el Artículo 8, como una de las normas rectoras del proceso penal.¹²

El Artículo 127 reconoce la defensa por designación del interesado y la de oficio. Establece, además, que, cuando sindicado y defensor ejerciten simultáneamente la defensa, prevalecerán las peticiones del defensor.¹³

Argentina

La Constitución de Argentina, de 22 de agosto de 1994, en el Artículo 18, establece que «[...] es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos [...]»,¹⁴ entre otras garantías fundamentales que rigen el proceso penal.

Asimismo, el actual Código procesal penal de la nación, en su articulado, recoge las garantías fundamentales que rigen el procedimiento.

En el Título IV, «Partes, defensores y derechos de testigos y víctimas», se establece la figura del imputado, condición que se adquiere por la mera

¹¹ Constitución política de la República de Colombia, de 1991 (con reformas hasta 2005). Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.

¹² Código de procedimiento penal de Colombia, de 24 de julio de 2000.

Artículo 8.º En toda actuación se garantizará el derecho de defensa, la que deberá ser integral, ininterrumpida, técnica y material.

Nadie podrá ser incomunicado.

¹³ *Cfr.* Artículo 27 del Código de procedimiento penal de Colombia.

¹⁴ *Cfr.* Artículo 18 de la Constitución de la nación Argentina, de 22 de agosto de 1994.

Artículo 18.º Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

circunstancia de que una persona resulte privada de su libertad, por ser detenida o, incluso, meramente aprehendida por la autoridad policial o por un particular, por lo que

toda persona a la que se le instruya causa por la posible comisión de un delito aún [*sic*] y cuando no hubiere sido indagada, tiene derecho a presentarse al Tribunal con su abogado defensor, puede defenderse también personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y la normal sustanciación del proceso. La proposición de defensor puede hacerse incluso, durante la aprehensión oficial, pero siempre antes de la declaración indagatoria.¹⁵

De manera específica, en el Capítulo VII, dedicado a defensores y mandatarios, se refiere a la defensa material y técnica, incluida la facultad judicial de designación de defensor de oficio, cuando no sea ejercido ese derecho por el imputado, sin que ello implique, para él, impedimento de defenderse personalmente, salvo que perjudique la eficacia de la defensa. Aun cuando esté incomunicado, puede valerse de cualquier vía para nombrar abogado, y se le permite hasta un límite de dos defensores (artículos 104, 105, 106, 107).

De lo anterior podemos resumir que el derecho a la defensa en Argentina pareciera estar matizado por rasgos del sistema inquisitivo, por la escueta y confusa referencia que contiene la Constitución, cuya redacción alude a su reconocimiento en juicio. Este derecho está garantizado en toda la extensión del procedimiento en correspondencia con las exigencias del debido proceso, tal como luego se complementa y desarrolla por el Código procesal penal.

Bolivia

La Constitución política del Estado de Bolivia (Ley No. 2650, de 13 de abril de 2004), reconoce la defensa como un derecho inviolable en un proceso judicial y, además, se admite la asistencia letrada, desde el momento de detención del inculpado.¹⁶

Tal regulación constitucional se complementa en el Código de procedimiento penal (Ley No. 1970, de 25 de marzo de 1999), al prever el derecho

¹⁵ Código procesal penal de Argentina, Ley No. 23.984, sancionada el 21 de agosto de 1991, promulgada el 4 de septiembre de 1991, artículos 72, 73 y 104.

¹⁶ La Constitución política de Bolivia, en el Artículo 16, regula:

II. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable.

III. Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor.

Vid. Constitución política del Estado de Bolivia, de 13 de abril de 2004.

a la defensa en el Título I del Libro Primero, dedicado a las garantías constitucionales.

El Artículo 8 se refiere a la defensa material, que reconoce al imputado el derecho a defenderse personalmente, y el Artículo 9 concibe el derecho a la defensa técnica, incluido el defensor de oficio, desde el inicio del proceso y hasta el fin de la ejecución de la sentencia.¹⁷ Aun estando privado de libertad, al imputado se le facilitará, en todo momento, la comunicación con el defensor,¹⁸ no será interrogado sin la presencia del fiscal y del abogado,¹⁹ y podrá hacerse representar de cuantos defensores estime conveniente.²⁰

EL DERECHO A LA DEFENSA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1976

La promulgación, el 24 de febrero de 1976, de la Constitución de la República de Cuba es expresión jurídica de los intereses de la voluntad del pueblo trabajador, basada en los principios de la democracia socialista, la unidad del poder, y el centralismo democrático que, en conjunto, conforman las instituciones políticas y económicas de la nueva sociedad socialista.

Las profesoras Prieto Valdés y Pérez Hernández destacan el carácter multifacético de la Constitución, al referirse a su papel en la vida de la so-

¹⁷ Código de procedimiento penal de Bolivia, de 25 de marzo de 1999.

Artículo 8.º (Defensa material). El imputado, sin perjuicio de la defensa técnica, tendrá derecho a defenderse por sí mismo, a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Artículo 9.º (Defensa técnica). Todo imputado tiene derecho a la asistencia y defensa de un abogado desde el primer acto del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia. Este derecho es irrenunciable.

La designación del defensor se efectuará sin dilación ni formalidad alguna, desde el momento de la detención, apresamiento o antes de iniciarse la declaración del imputado. Si consultado el imputado, no lo elige o el elegido no acepta inmediatamente el cargo, se le nombrará de oficio un defensor.

¹⁸ Artículo 84.º (Derechos del imputado). Toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará de que el imputado conozca los derechos que la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código le reconocen.

El imputado desde el inicio de su captura tendrá derecho a ser asistido y a entrevistarse en privado con su defensor.

Si el imputado está privado de libertad, el encargado de su custodia transmitirá al juez las peticiones u observaciones que aquél formule dentro de las veinticuatro horas siguientes y facilitará en todo momento su comunicación con el defensor.

¹⁹ *Cfr.* Artículo 92 del Código de procedimiento penal de Bolivia.

²⁰ *Cfr.* Artículo 102 del Código de procedimiento penal de Bolivia.

ciudad, y como necesario aspecto a tener en cuenta al realizar su estudio, «[...] ella es desde el punto de vista funcional y por su esencia un fenómeno político-ideológico, social y jurídico».²¹

Peraza Chapeau, refiriéndose a la Constitución, como la forma y fuente principal del Derecho del Estado, afirmó que «[...] ésta es el presupuesto inviolable de la legitimidad de las demás leyes».²²

Reafirmando su supremacía, Prieto Valdés apunta que

las Constituciones son el centro de la pirámide normativa y han de ser doblemente consideradas así cuando son el resultado directo de la voluntad popular constituyente, expresándose entonces esta supremacía en el espacio funcional de los sistemas de órganos estatales y de poder que en esa sociedad existen, lo cual es necesario a fin de conservar la armonía en el orden jurídico político y la realización de los derechos humanos. Supremacía jerárquica fomentada y exigida para que en el plano jurídico formal la Constitución desarrolle las funciones que le son reconocidas, garante jerárquico e instrumento de control jurídico-político superior respecto a las acciones estatales y la del conjunto de disposiciones normativas vigentes en el ordenamiento jurídico.²³

Para Mora Mora, la importancia de la Constitución «[...] nos obliga a tenerla como el máximo instrumento jurídico de una nación, de allí la visión de Kelsen sobre la pirámide del ordenamiento jurídico, con la Constitución a la cabeza, como orden supremo que las demás normas de inferior rango están obligadas a desarrollar y respetar».²⁴

La vigente Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, en el Capítulo VII, establece los derechos, deberes y garantías fundamentales.²⁵

²¹ Prieto Valdés y Pérez Hernández: *Selección legislativa de Derecho constitucional cubano*, p. 6. Las autoras, enfatizando en la importancia de no desconocer ese carácter multifacético de la Constitución, continúan argumentando:

«Vista sólo como fenómeno sociopolítico e ideológico puede llegar a sobrevalorarse como programa de acción que requiere ser objetivado mediante leyes ordinarias de desarrollo y de una acción estatal proveedora de los medios materiales y jurídicos para la realización de la misma. Vista sólo como fenómeno normativo, o resaltando y ponderando excesivamente este, desprovista de su carácter y de su función como reguladora de la vida sociopolítica e ideológica, nos llevaría a la abstracción de la norma hipotética fundante, así sería definida jurídicamente, pero es probable que se cuidara sólo la forma y se desatendieran las cuestiones de fondo y esencia: los valores que ella contiene y la necesidad de ser eficaz. El punto medio es posible si se tiene en cuenta que tras la ley está el poder y el consenso, y que las constituciones deben ser forma y orden a la vez».

²² José Peraza Chapeau: «Consideraciones en torno al concepto de Constitución», p. 185.

²³ Martha Prieto Valdés: «El sistema de defensa constitucional cubano», pp. 32-33.

²⁴ Luis Paulino Mora Mora: «La justicia constitucional en América Latina», p. 25.

²⁵ Cfr. Artículos 58, 59 y 61 de la Constitución de la República de Cuba.

En cuanto al derecho que le asiste a todo acusado a la defensa, aparece recogido como ya he hecho referencia, en el Artículo 59 de la Carta Magna cubana.

Sin embargo, podemos decir que tal regulación se hace de forma muy ambigua, al no determinar el alcance y extensión de ese derecho, pues no precisa el momento en que el detenido, por cualquier causa, puede apoyarse en representación letrada para oponerse eficazmente a la imputación desde el mismo inicio del proceso, tal como es regulado actualmente por varias de las constituciones de los países andinos. Puedo ejemplificar del siguiente modo.

De la interpretación literal de esta norma específica, que ni siquiera refiere desde qué momento podrá ejercerse este derecho y cuándo culminará (como sí lo hacen las constituciones de otros países), puede devenir la lectura de que solo es inherente el derecho de defensa al acusado (identificado con un sentido jurídico estricto, a partir del momento de la formulación de las conclusiones acusatorias y de disponerse la apertura al juicio oral), de modo que no se tutelaría al imputado, procesado, implicado, inculcado, investigado o a la persona sobre la que, aun sin haberse iniciado un proceso penal, recae la sospecha de un presunto ilícito penal. Esta lectura sería, también, causa para deducir que en Cuba es inquisitorial la fase previa al juicio oral, en toda su extensión.

El legislador, en la redacción del mencionado Artículo 59, utiliza el término *acusado* en un sentido amplio para referirse a toda persona acusada o investigada en un proceso penal, cualquiera que sea su fase, ya que no fue su voluntad limitar el derecho de defensa a un sujeto específico en momento procesal determinado, pues ello iría en contra del carácter general²⁶ que precisa toda garantía constitucional y del contexto en que se desarrollaba nuestro país en esos momentos, con una amplia influencia del campo socialista; pero la enunciación, de forma tan escueta e imprecisa puede generar la aludida confusión.

La Constitución no debiera dar lugar a este inconveniente, por lo que, en la enunciación del derecho a la defensa, debió ser más explícita para propiciar su concreción en el sistema jurídico-penal, de forma amplia y garantista.

La Constitución cubana, a diferencia de las aludidas constituciones foráneas, tutela el derecho a la defensa solo en materia penal, con lo que deja de reconocerlo expresamente como un derecho fundamental del ciudadano en otras ramas jurídicas, como la administrativa, por citar una, donde

²⁶ Bazdresch, refiriéndose a las características y extensión de las garantías constitucionales destaca su carácter general porque protegen absolutamente a todo ser humano. Asimismo, considera que las garantías constitucionales son unilaterales, irrenunciables, permanentes, supremas e inmutables; para mayor ampliación, *Vid.* Luis Bazdresch, *Garantías constitucionales* (Curso introductorio actualizado), pp. 31-33.

también es latente la posible lesión o amenaza de perturbación de sus derechos, frente al poder del Estado.

¿Cómo velar, en las circunstancias expuestas, que el orden jurídico esté de acuerdo con la Constitución y no la transgreda, si ella misma, como normativa primigenia, no es clara y precisa?

Una respuesta positiva en favor del principio de taxatividad de la norma jurídico-penal —exige que las normas no deben ser ambiguas, deben ser claras y precisas, sin dejar margen a dudas de lo que se quiere decir, de su extensión y alcance— es, también, fundamento que justifica la conveniencia de perfeccionar la formulación del derecho de defensa en la Constitución cubana, el cual debiera reconocerse como garantía fundamental para cualquier tipo de proceso y en todo estado y grado de este.

CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LA LPP

Interesa, ahora, analizar la regulación del derecho a la defensa, en la fase previa al juicio oral, en la ley de trámites penales cubana, y determinar cómo en ella se consolida la directriz constitucional.

La Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977, «De procedimiento penal» (en lo adelante, identificada por las siglas LPP), dedica el Libro Segundo a la fase preparatoria del juicio oral. Conforme al Artículo 104,

constituyen la fase preparatoria las diligencias previas a la apertura del juicio oral dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de éste y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no de los presuntos responsables y su grado, y asegurar, en su caso, la persona de estos.

El procedimiento ordinario concibe la fase preparatoria dividida, a su vez, en tres fases: investigativa, preparatoria o instructiva, y la intermedia. La primera, también denominada de investigación preliminar, comprende el conocimiento de un presunto hecho delictivo, su investigación por alguno de los órganos de la policía y la decisión de iniciar expediente de fase preparatoria; la segunda, como su nombre lo indica, abarca el período de instrucción del expediente de fase y termina con su presentación al fiscal; y la tercera discurre desde que el instructor entrega el expediente terminado al fiscal, hasta que este lo eleva al tribunal, con las peticiones que, según el caso, correspondan.

En estas fases intervienen, como persecutores públicos, la autoridad policial, el instructor y el fiscal; y el imputado o inculpado como el «sujeto» sobre el que recae la investigación, quien podrá ejercitar la defensa material y técnica, o no.

La investigación preliminar puede no dar lugar al inicio de un expediente de fase preparatoria, ya que también puede concluir con el archivo de la denuncia o con la remisión de las actuaciones al fiscal, para que dé cuenta al tribunal municipal popular, por tratarse de un delito con sanción no superior a un año de privación de libertad o multa de 300 cuotas, o ambas, que se conoce mediante el procedimiento sumario.

El estudio que sigue tomará como base el procedimiento ordinario, por ser el que agota todas las etapas de la fase preparatoria al juicio oral.

En Cuba, a no ser que el presunto autor sea detenido por la policía, al conocerse de la realización de un hecho delictivo, es posible que discurra toda la etapa preliminar a sus espaldas; lo que equivale a decir que una persona puede ser objeto de investigación, realizarse acciones para incriminarla, y estar excluida de participar en el proceso y, por ende, de ejercitar su defensa. No es hasta que se practica la detención, o cuando se determina instruírsele de cargos, que puede hablarse del derecho a la información de la acusación a que se refieren los artículos 161 y 244 de la LPP; pero ni siquiera tal información es consecuencia del nacimiento del derecho a la defensa material y técnica. De la formulación del Artículo 163 de la LPP, no ha de inferirse una garantía real al derecho de defensa material, por cuanto es la autoridad encargada de la investigación quien determinará, a su discrecionalidad, la práctica de diligencias encaminadas a comprobar las manifestaciones del acusado, sin que este tenga acceso a las actuaciones y nada puede objetar.²⁷

La designación de defensor antes del juicio oral, según el Artículo 249 de la LPP, es permitida al «acusado»²⁸ solo cuando se le impone una de las medidas cautelares²⁹ que autoriza la ley, derecho condicionado del que puede estar totalmente privado el imputado, habida cuenta de que puede no ser objeto de medida cautelar y, por ende, estará desprovisto de la asistencia técnica hasta que se le notifiquen las conclusiones acusatorias por el tribunal.

Conforme a este propio Artículo 249 de la LPP, el acusado será parte del proceso penal en su fase preparatoria, solo si es asegurado, y a ese reconocimiento de sujeto procesal es que supedita la posibilidad de la defensa

²⁷ Cfr. Artículos 161, 163 y 244, LPP.

²⁸ La LPP contiene el mismo defecto advertido en la Constitución, en el sentido de denominar «acusado» al sujeto pasivo de la relación procesal, habida cuenta de que no puede hablarse de acusado, durante la fase de investigaciones, ya que, en este momento procesal, no hay una acusación. El Código procesal penal modelo para iberoamérica no da lugar a este inconveniente porque establece diferenciación entre *imputado*, *acusado* y *condenado*. Según el Artículo 31, se denominará *imputado* a toda persona, perseguida penalmente, contra quien no se haya dictado auto de apertura de juicio (Artículo 274); *acusado*, a aquel contra quien se haya dictado el auto de apertura del juicio; y *condenado*, a aquel sobre quien haya recaído una sentencia de condena firme.

²⁹ Cfr. Artículos 252 y 255, LPP.

material y técnica, lo que implica que, fuera de tales circunstancias, en el sistema mixto cubano, el imputado sigue siendo un objeto y no un sujeto procesal.

La situación de indefensión anterior se agrava con la regulación que establece el párrafo último del Artículo 247 de la LPP:

En la resolución decretando la prisión provisional del acusado, podrá excepcionalmente disponerse, por razones de seguridad estatal, que aquél reserve la proposición de pruebas para el trámite a que se refiere el Artículo 281. En estos casos el acusado y su abogado no tendrán acceso a las actuaciones correspondientes a la fase preparatoria del juicio oral mientras se estén practicando.

Esta prohibición, aunque excepcional, convierte el reconocimiento del estatus de parte del imputado y su consecuente derecho a la defensa material y técnica, en una mención formal en tanto tal derecho es absolutamente cercenado por facultad indiscutible del fiscal, quien tiene a cargo el control de la instrucción y el ejercicio de la acción penal.

Rivero García y Pérez Pérez, abordando las características del sistema penal cubano expresan que «[...] lamentablemente, en ocasiones, las investigaciones preliminares —sumario—, que son la base de la acusación, pero no de la sentencia, recorren la fase del juicio oral, y constituyen el fundamento de la decisión judicial.»³⁰

Al final, el imputado no asegurado procesalmente, que ha transitado solo e indefenso el largo camino de la fase preparatoria, cuenta con apenas cinco días hábiles para designar el abogado de su elección, y se le asigna de oficio, en caso de no hacerlo; a su vez, el letrado contará con otros cinco días hábiles para estudiarse el expediente, preparar la defensa y proponer las pruebas de descargo, en condiciones sumamente desventajosas con respecto a la acusación, que contó con no menos de 60 días para su preparación.³¹

Bínder, refiriéndose a lo que denomina «falsas oralidades», sostiene que «también existe falsa oralidad si no se permite una verdadera defensa o si a la defensa no se le han otorgado los instrumentos y el tiempo necesario para preparar el juicio [...]».³²

Como otra arista de la defensa técnica —habiendo adquirido el imputado el estatus de parte, por estar sujeto a medida cautelar— no se concibe por la LPP, durante la fase preparatoria al juicio oral —como sí lo hacen las leyes procesales de los hermanos países latinoamericanos— la posibilidad de la defensa de oficio (salvo el supuesto excepcional a que se refiere el Artículo 194 de la LPP, que tiene por objeto garantizar la reproducción y

³⁰ Pedro A. Pérez Pérez: *El juicio oral*, p. 200.

³¹ Cfr. Artículos 281, 282 y 283, LPP.

³² Alberto Bínder: «La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina», p. 78.

validez en juicio de la declaración del testigo que, por las causas que se enuncian, será imposible su comparecencia en la fase de juzgamiento y condena),³³ con lo que se resta importancia a su necesidad, como garantía en todo Estado de derecho.

Respecto a la defensa de oficio, Candia Ferreyra considera que

[...] establecer el derecho de todo imputado a ser asistido en cualquier diligencia por un abogado de su elección o suministrado por el Estado, implica que la sociedad tendría que asumir en una gran cantidad de casos el gasto que ello representa y además, la necesidad de contar con un relativamente enorme servicio de defensores de oficio.³⁴

No coincido con los argumentos que excluyen este derecho. A la par del derecho de castigar, es también deber estatal garantizar, de modo real y efectivo, el derecho de defensa; la erogación que este servicio genere no ha de ser ajena a los gastos de administración de justicia, habida cuenta de que se negaría la «equivalencia en jerarquía a dos funciones del Estado: acusar y defender».³⁵

Las comentadas regulaciones de la fase preparatoria del proceso penal cubano, desde el punto de vista de la posición de la defensa, revelan la situación desventajosa en que se encuentra el imputado frente a la acusación. Este desequilibrio se traduce en la violación del principio de igualdad entre las partes³⁶ (también reconocido por la doctrina como principio de

³³ Cfr. Artículo 194, LPP.

³⁴ José Candia Ferreyra: «Problemas actuales del proceso penal en Cuba», p. 12.

³⁵ Stella Maris Martínez: «El Derecho de defensa en juicio como derecho humano fundamental», p. 91.

³⁶ El Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobados en la 76.ª sesión plenaria, de 9 de diciembre de 1988, reconocen el derecho a la defensa de toda persona detenida:

«Principio 17

1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Principio 18

1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.

2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confiden-

igualdad de armas), que es consustancial con el derecho de defensa; es obvio que no puede hablarse de igualdad de condiciones en un proceso penal donde las posibilidades entre el fiscal y el acusado difieren.³⁷

El fiscal es el controlador de la fase investigativa, al realizar indicaciones al instructor, al órgano de investigación o a la policía; es, a su vez, instructor de los expedientes investigativos, participa directamente en las diligencias o acciones de instrucción, para que se esclarezcan los hechos constitutivos de delito, se determine la verdad objetiva alrededor de estos y, en consecuencia, sean acusados sus partícipes; interviene en la depuración de los resultados investigativos y conforma la petición acusatoria, de la cual es su titular. Durante la fase preparatoria, es el fiscal quien decide sobre la imposición y/o modificación de la medida cautelar de prisión provisional al imputado; y, entre otras cuestiones, resuelve, sin ulterior recurso, las quejas que, por perjuicio irreparable, establezca el imputado contra sus resoluciones o las del instructor, entre lo que se encuentra, por ejemplo, la inconformidad por denegatoria o práctica indebida de alguna diligencia de instrucción o pruebas.³⁸

cialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.

5. Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer».

³⁷ El Código procesal penal modelo para iberoamérica concibe un sistema procesal acusatorio. Entre otras garantías, reconoce el principio de presunción de inocencia y de igualdad de las partes, derecho inviolable del imputado a la defensa material y técnica, de inicio a fin del procedimiento, es parte activa, con la facultad de ser oído y de requerir y participar, salvo excepciones en la práctica de pruebas; si no se designa defensor de confianza, el tribunal designará, de oficio, un defensor letrado, a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho; se permite la autodefensa, a no ser que perjudique la eficacia de la defensa técnica; se exige, para ser defensor, título de abogado o doctor en Derecho; se concibe al ministerio público, con opción de recusación por parte del imputado, como órgano persecutor a cargo del procedimiento preparatorio; la policía, en su actuación judicial, es dirigida por los funcionarios del ministerio público; la declaración del imputado se practicará en audiencia, en presencia del juez de instrucción o tribunal, y podrán hacer preguntas el ministerio público y el defensor; entre otras (cfr. artículos 3, 5, 6, 31, 45, 48, 51, 53, 58, 59, 61, 68, 72-75). Cfr. artículos 127 y 128 de la Constitución de la República de Cuba, en relación con los artículos 53 al 55, 105 al 109, 112, 121 al 124, 247, 248, 251, 255, 260, 262, 263, 273, 281, todos de la LPP, sobre la actuación y facultades del ministerio fiscal en la fase preparatoria.

³⁸ Cfr. artículos 127 y 128 de la Constitución, en relación con los artículos 53 al 55, 105 al 109, 112, 121 al 124, 247, 248, 251, 255, 260, 262, 263, 273, 281, todos de la LPP, sobre

Es a este propio fiscal, encargado de la persecución y responsabilizado con el proceso penal en la fase preparatoria, a quien corresponde velar por la legalidad, verificando el cumplimiento de los términos procesales, fundamentos de las diferentes resoluciones dictadas en el proceso, la protección de las garantías procesales del acusado, y la protección de los derechos de la víctima, la sociedad y el Estado.

Atribuirle al fiscal la protección de las garantías procesales del acusado, y la búsqueda de la verdad entre sus misiones, pudiera ser argumento de quienes consideran injustificada la necesidad de reforma del proceso penal cubano, en lo que al derecho de defensa se refiere. Rivero García, quien aboga por la reforma, posición con la que coincide, refiriéndose a la necesidad del defensor y el principio de igualdad, dice que

Roxin y Albin Eser, se auto-interrogan: ¿para qué hace falta un defensor, si la Fiscalía y el Tribunal, de oficio, deben obrar objetivamente? Y con el fino pensamiento que los caracteriza, coinciden en responder, que la Fiscalía y el Tribunal, a pesar de poner de sí su mejor voluntad para reunir objetivamente todos los elementos de la investigación, debido a su deber de investigar por completo los hechos, pueden pasar por alto, o descuidar levemente circunstancias de descargo, o no apreciarlas debidamente en toda su extensión; por lo que para establecer un equilibrio hace falta un defensor como polo opuesto al Tribunal y a la Fiscalía, que actúe exclusivamente a favor del acusado.³⁹

Si bien, en la fase previa al juicio del proceso penal cubano, el papel de la fiscalía se sobredimensiona, frente a un imputado que puede incluso ni llegar a adquirir el estatus de parte, partiendo de las normas comentadas, se puede, entonces, afirmar que, en el orden procesal, los términos igualdad y equilibrio son inexistentes, lo que es, por demás, contrario al postulado contenido en el Artículo 41 de la Constitución que, aunque no habla expresamente de igualdad procesal o igualdad de las partes, proclama que «todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes».

A propósito del papel de la fiscalía, las directrices sobre la función de los fiscales, aprobadas por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, en relación con el procedimiento penal, establece entre otras directrices que «[...] los fiscales, de conformidad con la Ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal».

la actuación y facultades del ministerio fiscal, en la fase preparatoria.

³⁹ Danilo Rivero García: «Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal en Cuba», p. 17.

¿De qué forma puede el fiscal, en Cuba, asegurar el debido proceso, si el derecho a la defensa del imputado, como uno de sus presupuestos básicos, si bien se encuentra reconocido como derecho humano fundamental por la Constitución de la República, no es luego desarrollado, de forma plena y efectiva, por la ley secundaria que limita su eficaz ejercicio?

Es preciso el tránsito hacia un sistema acusatorio que reconozca al imputado el estatus de parte, desde los inicios del proceso, con idénticas oportunidades que el acusador, y plenas garantías para el real ejercicio de la defensa material y técnica. Vale recalcar que, tanto la defensa material como la técnica, vienen a formar un todo, en lo que concierne al ejercicio del derecho de defensa, que logra su máxima efectividad cuando existe el acercamiento, la asesoría, la comunicación y la coordinación propia de una relación cercana y constante, entre defensor e imputado.

Es significativo y, a la vez, un emplazamiento que supone una respuesta que, en La Habana, los días del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, tuvo lugar el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, en el que se aprobaron los Principios básicos sobre la función de los abogados y, precisamente, el primero de los que se relacionan bajo el título «Acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos», establece que «toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal».

El propio documento, aprobado en dicho Congreso, sugiere que estos Principios

[...] formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales, y deben señalarse a la atención de los juristas así como de otras personas como los jueces, fiscales, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la defensa se erige como garantía real y plena para el imputado, solo en el sistema procesal penal acusatorio, por ser el que concibe como sujeto de derecho, de inicio a fin, del procedimiento con garantías sustantivas y procesales que responden a las exigencias del debido proceso.
2. La defensa, como derecho humano fundamental, es irrenunciable de toda persona sujeta a un proceso penal, hoy es una de las garantías judiciales más importantes internacionalmente.

3. Por su importancia, el derecho a la defensa se reconoce como constitucional, en cualquier estado y grado del proceso, por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. La legislación constitucional y secundaria de países de América Latina (como Venezuela, Ecuador, Colombia, Argentina, Bolivia) así lo corroboran.
4. La Constitución de la República de Cuba reconoce el derecho a la defensa como derecho fundamental de todo ciudadano en el proceso penal. En la enunciación de este principio fundamental, la ley de leyes cubana no precisa su alcance y extensión.
5. La LPP (Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977), fundamentalmente en la fase preparatoria del juicio oral, mantiene rasgos inquisitoriales que limitan el derecho a la defensa. No siempre puede el imputado ejercer la defensa material y técnica, desde el inicio del procedimiento y en todas sus fases, por estar supeditado ese derecho al reconocimiento del estatus de parte que tiene lugar solo cuando es objeto de medida cautelar, lo que puede no ocurrir durante toda la fase instructiva, y quedar en un estado de indefensión y de desigualdad, frente a la imputación, con lo que tampoco se objetiva el principio contradictorio.
6. Aun cuando pueda adquirir el imputado el estatus de parte, a partir de su aseguramiento, no concibe la ley procesal penal cubana que se le provea de la defensa de oficio, cuando aquel no designe defensor.
7. La fiscalía, como sujeto procesal, a quien, junto a la función de control general de la legalidad, le asiste el ejercicio monopolista de la acción penal, no solo tiene a su cargo la dirección y control de la fase preparatoria del juicio oral, sino que se impone sobre el imputado habida cuenta de que la ley procesal le atribuye, sin control de otro órgano imparcial, decisiones importantes que se relacionan con derechos fundamentales como la libertad, lo que es contrario al principio de igualdad de partes o de armas, que es propio del proceso penal y, por consiguiente, es límite al derecho de defensa.
8. La Constitución y la LPP cubanas utilizan el término *acusado* para referirse al *imputado*, lo que deviene inadecuado, toda vez que no puede hablarse de acusado durante la fase investigativa, ya que, en este momento procesal, no hay una acusación de la que se derive ese concepto.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Landete, Joaquín: «El derecho de defensa como derecho devaluado», en *Jueces para la democracia*, España, disponible en www.juecesdemocracia.es/congresos/viiCongreso/comunicaciones.pdf.

- Arranz Castellero, Vicente J.: «Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 4, La Habana, 1991.
- Bazdresch, Luis: *Garantías Constitucionales (Curso introductorio actualizado)*, 4.^a ed., Editorial Trillas, México, 1990.
- Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas*, tr. de S. Sentís y M. Ayerra, EJEA, Buenos Aires, 1958.
- Bentham, Jeremías: *Tratados de legislación civil y penal*, tr. de R. Salas, Editorial Nacional, Madrid, 1981.
- Bínder, Alberto M.: «Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 11, La Habana, 1996.
- _____ : «La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 10, La Habana, enero/1994-diciembre de 1995.
- Bodes Torres, Jorge: «Justicia en Cuba», en *Boletín Electrónico*, no. 50, ONBC, La Habana, agosto de 2003.
- Candia Ferreyra, José: «Problemas actuales del proceso penal en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 13, La Habana, enero-junio, de 1999.
- Camelutti, Francesco: *Lecciones sobre el proceso penal*, t. 1, Egea, Buenos Aires, 1950.
- Carocca Pérez, Alex: «Garantía constitucional de la defensa», en www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/diciembre05/Garantiaconstitucional_de_la_defensa_ok.pdf.
- Cutié Mustelier, Danelia: «La realización social de los derechos humanos en Cuba» (tesis para optar por la categoría docente de Profesor titular), Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2007.
- _____ : «Sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba» (tesis en opción al grado de Dra. en Ciencias jurídicas), Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999.
- Del Vecchio, Giorgio y Luis Recaséns Siches: *Filosofía del Derecho*, tr. de la 4.^a ed. italiana, UTEHA, México, 1946.
- «Diccionario de la Real Academia Española», en http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=defensa.
- Diccionario Larousse*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 1981.
- Ferrari Yaunner, Majela: «Las lagunas jurídicas, un obstáculo para la plenitud del ordenamiento jurídico» (tesis de la maestría en Derecho constitucional y administrativo, 2.^a ed., Escuela Judicial del TSP), La Habana, 19-23 de marzo de 2012.
- _____ : «Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba» (tesis en opción al grado de Dr. en Ciencias jurídicas, Universidad de La Habana, 2010.
- Fix Zamudio, H.: *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid, 1982.

- García Morillo, J.: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Maier, Julio B.: *Derecho procesal penal*, t. 1, 2.^a ed., 1.^a reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- Maris Martínez, Stella: «El Derecho de defensa en juicio como derecho humano fundamental», en *Cuadernos de Derecho Penal*, disponible en www.pensamientopenal.com.ar/19042007/Stella.pdf [Consulta: 22-10-2013].
- Medina Cuenca, Arnel: «Palabras de clausura del III Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 14, La Habana, julio-diciembre, de 1999.
- Mora Mora, Luis Paulino: «La justicia constitucional en América Latina», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 11, La Habana, enero-diciembre, de 1996.
- Peraza Chapeau, José: «Consideraciones en torno al concepto de Constitución», en *Revista Jurídica*, año IV, no. 13, octubre-diciembre de 1986.
- Pérez Pérez, Pedro A.: *El juicio oral*, ONBC, La Habana, 2002.
- Prieto Valdés, Martha: «El Derecho, la Constitución y la interpretación constitucional» (ponencia, maestría en Derecho constitucional y administrativo, 2.^a ed., Escuela Judicial del TSP), La Habana, 13-17 de mayo de 2012.
- _____ : «El sistema de defensa constitucional cubano», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 26, La Habana, julio-diciembre, de 2005.
- _____ : «La defensa jurídica de la Constitución Cubana», *Revista Cubana de Derecho*, no. 30, 2008.
- _____ : «La seguridad jurídica, mención a la seguridad contractual», en *Materia de estudio de Derecho constitucional*, Universidad de La Habana, 2005.
- Prieto Valdés, Martha y Lissette Pérez Hernández: *Selección legislativa de Derecho constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- Radbruch, Gustav: *Introducción a la filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951.
- Rivero García, Danilo: «Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal en Cuba», en *Boletín de la ONBC*, no. 27, La Habana, abril-junio de 2007.
- Solás López, Abel: «El derecho a la defensa», en *Boletín de la ONBC*, no. 21, La Habana, octubre-diciembre de 2005.
- Terán Luque, Marco: «El debido proceso penal. El derecho a la defensa», en *Revista Judicial de Ecuador*, disponible en www.dhl.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P [Consulta: 17-11-2012].
- Vásquez Espina, Marcos: «El debido proceso, una perspectiva procedimental práctica», en *Boletín de la ONBC*, no. 21, La Habana, octubre-diciembre de 2005.
- Velásquez Velásquez, I. V.: «El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal», en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, julio, 2008, disponible en www.eumed.net/rev/cccss.

Legislación

«Constitución de la República de Cuba de 1.º de julio de 1940», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 8 de julio de 1940.

«Ley fundamental de la República de Cuba de 1959» (folleto), Editorial Lex, La Habana, 1959.

«Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 2, ed. especial, La Habana, 24 de febrero de 1976.

«Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, no 3, ed. extraord., La Habana, 31 de enero de 2003.

«Constitución de Argentina de 1994», en www.senado.cl/prontus_senado/site/edic/base/port/constitucion.html#.

«Constitución de Chile de 1980», en www.congreso.cl.

«Constitución de Francia», en <http://195.83.177.9/code/index.phtml?lang=esp>.

«Constitución de Guatemala de 31 de mayo de 1985, efectiva el 14 de enero de 1986 (reformada en 1993)», en www.congreso.gob.gt.

«Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada en referendo nacional en enero de 2009», en www.congreso.gov.bo.

«La Constitución política de Ecuador de 2008», en www.presidencia.gov.ec.

Constitución política del Perú de 1993, conforme a las reformas introducidas por la Ley 27365, de 2 de noviembre de 2000, modificada por la Ley No. 28390, publicada el día 17 de noviembre de 2004, en www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html.

«Constitución de la República Bolivariana de Venezuela», en www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm.

«Ley No. 1250 de 1973, “De organización del sistema judicial”», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 13, La Habana, de 1973.

«Ley No. 7, “De procedimiento civil, administrativo y laboral de la República de Cuba, dictada por la ANPP, el 19 de agosto de 1977 (GOR, 20 de agosto de 1977), modificada por el Decreto Ley No. 241», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 33, ed. extraord., La Habana, 27 de septiembre de 2006.

Ley No. 62, «Código penal de la República de Cuba, aprobada por la ANPP en su sesión del 29 de diciembre de 1987».

«Código orgánico procesal penal de Venezuela de 20 de enero de 1998», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 5208, ed. extraord., Caracas, 23 de enero de 1998, disponible en www.tsj.gov.ve/legislacion/copp.html [consultado 22-2-2013].

«Código procesal penal modelo para iberoamérica», en www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/cod_procpenal_ibero.pdf.

«Decreto Ley No. 151, de 10 de junio de 1994», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 6, ed. extraord., La Habana, 10 de junio de 1994.

«Decreto Ley No.175, de 17 de junio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 6, ed. extraord., La Habana, 26 de junio de 1997.

«Convención americana sobre derechos humanos, suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969, aprobada en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos», en www.slideshare.net/VALLJO/pacto-de-san-jos.

«Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789», en www.fmmeduacion.com.ar/Historial/Documentoshist/1789derechos.htm.

«Declaración universal de derechos humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, en su Res. No. 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html.

«Pacto internacional de derechos civiles y políticos adoptado y ratificado por la Asamblea General en su Res. No. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966», disponible en www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, adoptada también por la Asamblea General de la ONU en su Res. 43/173 de 9 de diciembre de 1988, en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

OLVIDO CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL

*M.Sc. Yanet de la C. Hernández Batista¹
jueza profesional, TPP de Ciego de Ávila*

EL TEMA DE la ejecución penal ha sido estudiado desde diferentes márgenes. Sin embargo, su perspectiva constitucional no ha tenido tanto atractivo para los especialistas que han privilegiado el análisis de estas cuestiones desde otras aristas menos polémicas. Es por eso que el reto que se asume al abordar un asunto que ofrece distintos enfoques aumenta la motivación para fundamentar nuestra perspectiva.

La ejecución de la pena constituye la última etapa en la realización del Derecho penal y, por sus características, es palmaria la presencia de los fines preventivo-especiales, pero resulta innegable que su cumplimiento puede influir en los restantes miembros de la sociedad y, con ello, manifestarse también fines de carácter preventivo general.

Desde el triunfo de la Revolución, la ejecución de las sentencias penales ocupó la atención de especialistas, investigadores y en la propia aplicación de las normativas por parte de los operadores del sistema de justicia cubano. Las normas jurídicas que se fueron creando trataban de fundamentar esa importante etapa que ahora se soslaya un tanto en todos los órdenes, la fase ejecutiva.

Entre las disposiciones jurídicas que se fueron creando al respecto, estuvieron la Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977; la No. 21, Código penal; y la No. 62, que entró en vigor el 30 de abril de 1988. Después, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) dictó la Instrucción No. 163, de 14 de diciembre de 2000; ese propio órgano, el 24 de abril de 2002, actualizó aquella, mediante la Instrucción No. 163-bis y, por último, el 9 de octubre de 2010, la No. 201, actualizada en 2012 a través del Acuerdo No. 309 de ese órgano colegiado. No obstante, ninguna de ellas tuvo el respaldo constitucional necesario que solo refiere tangencialmente en el Artículo 58, cuando establece, en su segundo párrafo, que «nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes», muy alejado de la necesidad de contar, desde esa magna norma, del espacio que requiere.

¹ Tutora: Dra. Tania de Armas Fonticoba.

En nuestro país, la ejecución penal, desde la perspectiva constitucional, nunca ha sido tratada por los investigadores del sector jurídico. No obstante, merecen destacarse la aproximación al tema de las obras de Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés, refiriéndose a las garantías para el ejercicio y defensa de los derechos del hombre, sus consideraciones teóricas y expresión en Cuba. En este sentido, las profesoras sintetizaron un grupo de limitaciones desde una visión garantista, entre las que se encuentra el hecho de que² no todos los derechos constitucionales están protegidos penalmente: el derecho a la defensa, constitucionalmente regulado, está limitado a algunas fases del proceso; y exponen que, aun perfeccionando la regulación de los principios y la normativa penal, los derechos mantendrían limitaciones específicas para su ejercicio y defensa, por la falta de leyes de desarrollo que marquen o indiquen el alcance y los límites de cada derecho.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL

La ejecución es un procedimiento judicial en el que se hacen diversas diligencias, para asegurar que se cumpla algo que está estipulado, ya sea por ley o por mandamiento del juez. Esta persona es clave en su actuación para lograr los resultados que se esperan. El cumplimiento de las sentencias y resoluciones firmes forma parte del complejo contenido del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales; es un presupuesto de este derecho. Y no es para más porque ¿de qué le vale al individuo tener acceso a la jurisdicción y obtener una sentencia judicial que reconozca derechos y que no pueda ser ejecutada?; el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes solo se satisface cuando el órgano judicial que, en principio, las dictó, adopta las medidas oportunas para llevar a cabo su cumplimiento. De lo anterior, se colige que el condenado no es una persona excluida de la comunidad jurídica y, en ese sentido, el delincuente, por el solo hecho de haber sido condenado, no deja de ser sujeto de derechos.

El Código procesal penal modelo para iberoamérica o Código tipo,³ que es la fuente primordial de las reformas penales que se llevan a cabo en la región, a partir del Artículo 388, plantea que la administración de la ejecución de la pena, y todo lo relativo al cumplimiento de la condena de un penado, es realizada por los tribunales de ejecución de las penas, pertenecientes al poder judicial. De ahí que varios códigos hayan sido influidos por este importante documento reformativo, señalándose en ellos que la justicia penal no puede permanecer ajena a la cuestión de la ejecución

² Martha Prieto Valdés y Lissette Pérez Hernández: «Garantías para el ejercicio y defensa de los derechos del hombre. Consideraciones teóricas y expresión en Cuba», p. 1.

³ Ver «Código tipo de procedimiento penal para América Latina».

de sus decisiones y que no se justifican las excusas de que el problema de los sujetos a condena es asunto de los encargados de los centros penitenciarios o de cobrar la multa o de aplicar la medida de que se trate, para abandonar a la suerte de las autoridades administrativas el control del cumplimiento de penas que han impuesto los jueces.

Solo las sentencias condenatorias firmes y definitivas pueden ser ejecutadas, por lo que es necesario dejar sentado que, cuando el legislador crea las leyes penales, lo hace para que los tribunales las apliquen, lo que quiere decir que los tribunales, al sancionar al individuo, están aplicando lo que el legislador creó.

Cuando el juez de juicio sanciona penalmente a un individuo que se haya comprobado ser violador de las leyes penales está haciendo una especie de construcción moral sobre una persona y si a esta obra se le suma la idea que se tiene del Derecho penal, en el sentido de que la finalidad última de la pena es resocializar y reeducar al individuo, ¿qué mejor oportunidad esta para que el poder judicial le dé seguimiento a su construcción?

Hasta ahora, lo que se ha dicho de dicha institución es que, después de que el juzgador dicta sentencia, se olvida de los efectos de esta, y delega su resolución en órganos administrativos ajenos al tribunal sancionador y, generalmente, subordinando a estos órganos todo el procedimiento de la ejecución de la pena. Esta perspectiva superficializa la labor de los jueces y ocasiona que ellos se desentiendan de las consecuencias de sus decisiones, en detrimento de su actividad decisoria.

Siguiendo esta tesis, realmente lo que se hace es construir un juez por encima de sus propias decisiones, colocarlo como un ente alejado del sentido de compromiso, como si no tuviera ninguna responsabilidad con respecto a las personas condenadas a determinadas sanciones y/o medidas; así mismo, se sitúa al tribunal en una posición incómoda de ejercer un efectivo control judicial de las sentencias, y la efectiva vigilancia del respeto de los derechos fundamentales de los sancionados.

Si a esto se le agrega que no existe un mandato constitucional expreso acerca de la función judicial del juez de ejecución penal, la cuestión es mucho más grave, pues ese mandamiento, normativa y jerárquicamente superior, lo obligaría a responsabilizarse con el control efectivo de las sentencias.

Como se puede observar, la ejecución de las decisiones judiciales es un componente vital para la garantía de la protección de los derechos que se le reconozcan a un individuo que haya tenido acceso a la administración de justicia, por lo que es un mandato constitucional que el Estado tiene un compromiso de hacer cumplir los fallos de los tribunales.⁴ De ahí, la importancia que, cada vez con mayor fuerza, cobra la figura del funcionario ejecutor.

⁴ Artículo 123 de la Constitución cubana de 1976, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 10, 16 de julio de 2002.

De manera general, en algunas constituciones,⁵ se es específico en relación con a qué órgano del Estado le corresponde la ejecución de la pena; otras, como la dominicana, solo se limitan a señalar que el Estado tiene que garantizar la ejecución de la sentencia.

Respecto a las funciones que garantizarían este oficio de ejecución penal, se han realizado muchas consideraciones; entre ellas, que debe existir una institución o funcionario que logre llevar a cabo el control de las sentencias, de la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la pena.

El juez de ejecución penal, por tanto, es el funcionario profesional del Derecho con funciones controladoras, decisorias, educativas y consultivas, encargado del control de las sanciones penales, beneficios y medidas de seguridad predelictiva y postdelictiva que impliquen internamiento, o no.

En tal sentido, esta institución ejecutora controla el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias y resuelve todas las cuestiones que se suscitan durante la ejecución; dispone las inspecciones y visitas de establecimientos penitenciarios; puede hacer comparecer a los encargados de los establecimientos, ante sí, o a los condenados, con fines de control y vigilancia; dicta, de oficio, las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema y ordena a la autoridad competente para que, en el mismo sentido, expida las resoluciones de lugar; acoge, además, otras funciones, como son: la revisión del cómputo de la pena dispuesto por la sentencia, la unificación de las penas, organiza el proceso para sustituir una pena por otra, conocer de los incidentes de cada caso y la extinción de la pena.

Este funcionario, incluso, puede realizar un nuevo juicio o valoración de la pena. Es por ello que el respaldo constitucional se hace imprescindible porque se puede estar tratando y controlando uno de los bienes más preciados del ser humano, que es la libertad, y ello necesita de este magno soporte.

El juez de ejecución penal ordena todas las medidas que sean necesarias para llevar a cabo aquellas funciones y medidas que se exigen en el ámbito de aplicación de una sentencia penal irrevocable.

Esta figura jurídica ha sido concebida y llamada, en otras legislaciones, como juez de vigilancia penitenciaria o juez del control de la ejecución de la pena; es el funcionario judicial encargado de asegurar los derechos del condenado, en caso de abuso de los empleados de su custodia; controla la legalidad de las decisiones que las demás autoridades penitenciarias tomen, cuando estas estén contenidas en la sentencia; también vela por la aplicación de las sanciones de carácter disciplinario en el recinto carcelario.

El juez de ejecución penal tiene la función de vigilar y controlar la ejecución de lo que establece una sentencia, de garantizar el respeto de los

⁵ *Vid.* Constitución de España de 27 de diciembre de 1978 y Constitución de Costa Rica de 1949 y reformas de 2001.

demás derechos que le asisten al condenado y de evitarle al penado un doble estado de victimización. Además, entre sus otras funciones, tiene la obligación de velar porque el sancionado presente signos de progreso, con relación al comportamiento que dio origen a la sanción. Con la aparición, en el contexto internacional, del proceso de judicializar la ejecución de la sentencia condenatoria en las constituciones, se ha obligado al legislador a redefinir el papel de la administración penitenciaria. La relación existente entre el poder judicial y la administración carcelarias empieza a cambiar.

Esta aptitud legislativa viene a favorecer al sancionado a privación de libertad, ya que con la ejecución penal en manos de una administración penitenciaria dependiente del ejecutivo, el individuo aun sentenciado sigue siendo un sujeto de derechos. Con la función que tiene el juez de la ejecución de la sentencia, se verían minimizadas las arbitrariedades que se cometen en contra del interno, ya que este sería un vigilante de los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales y las leyes, de los cuales goza un condenado. Al mismo tiempo, en el juez de la ejecución penal, el individuo tendrá una instancia para defenderse de un posible atropello que se pudiera cometer en su contra e invocar cualquier incidente a su favor.

Los principios constitucionales de la función judicial apuntados con anterioridad sustentan, a su vez, otros principios más específicos, los que consagran la labor del juez de ejecución penal, que son los siguientes:

Principio de legalidad ejecutiva. Se exige al momento de establecer el tipo de pena privativa de la libertad y su monto, y durante la ejecución de la pena. La legalidad ejecutiva, que es una consecuencia lógica del principio *nulla poena sine lege*:⁶ la ejecución de las penas debe estar prevista por una ley que emane del órgano competente, antes de la comisión del hecho que será objeto de la condena, donde se determinarán las condiciones de cumplimiento, esto es, las características cualitativas de la pena y la forma en que se desarrolla su ejecución.

El principio de legalidad ejecutiva que rige, en el momento de cumplimiento efectivo de la pena, se toma de la mano con la seguridad jurídica, puesto que, en un Estado de derecho, tanto las obligaciones y derechos como sus limitaciones, deben ser establecidos por ley; de lo contrario, quedarían a merced de la voluntad de los gobernantes.

En consecuencia, el principio de legalidad debe actuar como límite a la reglamentación de la administración del servicio penitenciario, puesto que, de lo contrario, los derechos de los condenados se tornan irrealizables.

⁶ «El Estado debe tener límites muy precisos y claros en su intervención sobre el ciudadano, por eso ningún hecho puede merecer una pena o medida, sin que exista una ley previa que lo haya declarado punible o castigable. Este principio supone también la prohibición de la analogía y exige la taxatividad en la expresión y aplicación de las sanciones o medidas» (Tania de Armas Fonticoba: «Los niños en conflicto con la ley penal en Cuba y la doctrina de la protección integral» (tesis doctoral, La Habana, 2003).

Subprincipio de reserva. Mediante este principio, se pone de manifiesto que el sentenciado puede gozar de todos los derechos que no se le hayan visto afectados por el ordenamiento jurídico de manera temporal y accesoria, como sería el caso del derecho a votar y ser votado, por el tiempo que dure su condena, o los limitados o prohibidos por sentencia condenatoria.

Principio de resocialización. Este es un principio propio de la ejecución penal penitenciaria y, por ello, uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico penitenciario, el que se realiza a través de un tratamiento científico. Parte de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por el I Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, y las Reglas mínimas adoptadas por el Consejo de Europa, el 19 de enero de 1973. El principio de resocialización comprende tanto el proceso reeducativo como el resultado: la reinserción social. Este principio significa que la ejecución penal propende a lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley.

Principio de humanidad. Supone respetar la dignidad humana del penado e incentivar una política penitenciaria humanista que se dirija a la persona a quien se le debe garantizar una ejecución de la pena exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes, estableciéndose la responsabilidad penal del funcionario público o particular que tuviera participación en supuestos de tales características.

Principio de igualdad ante la ley. Prohíbe cualquier tipo de discriminación, durante la ejecución de la pena, por cuestiones de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia, excepto de aquellas que resulten a consecuencia del tratamiento penitenciario individualizado observado por el interno, de acuerdo con sus condiciones personales.

OLVIDO CONSTITUCIONAL DEL JUEZ DE EJECUCIÓN EN CUBA

El juez de ejecución es el funcionario encargado de controlar el cumplimiento de las resoluciones judiciales. En Cuba, recibe el nombre de juez encargado del control, la influencia y la atención hacia las personas que extinguen sanción en libertad. De esto, se colige que su función está limitada, pues no abarca el control de la ejecución de las sanciones que implican internamiento.

Todas aquellas decisiones que signifiquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de las penas, según la regulación de la ley, deben ser tomadas por el juez, en un ámbito donde se respeten las garantías del procedimiento penal que se extienden a esta etapa, y que garanticen el control judicial, con el objetivo de hacer eficaz el uso y goce de los derechos de los condenados.

La ausencia de una garantía constitucional que signifique sujeción a la ley, y amparo para la función judicial del juez de ejecución penal, constituye

una limitación a la labor de este, y a la consecución y respeto de los derechos y las garantías del sujeto que cumple la sanción.

Es de vital importancia establecer, de forma eficaz, el control judicial en cuanto a las modificaciones de las condiciones de la pena, puesto que la decisión que se adopte respecto a ellas puede versar en mecanismos de libertad anticipada (salidas transitorias, semilibertad). En el sistema carcelario, al condenado le será difícil conseguir algunos derechos que le brinda la ley, pues la evaluación de concepto (determinante para avanzar en el sistema progresivo) es realizada por funcionarios dependientes de la administración, quienes, luego de adoptar una resolución, solo le comunican los fundamentos; y el sancionado, muchas veces, ni sabe cuáles son estos. No se le reconoce el derecho de defensa: no tiene oportunidad de ser oído, tampoco puede ofrecer prueba, ni siquiera controlar aquella sobre la que versará la decisión de la administración.

Nuestra Constitución no reconoce este derecho como garantía de los derechos fundamentales de los sancionados; y se necesita este respaldo. Las resoluciones que se adopten para determinar las condiciones de la pena deben ser adoptadas por el juez, en un proceso en el que el condenado conserve todas las garantías, a fin de obtener una defensa eficaz, ofrecer y controlar pruebas y, así, disfrutar de los derechos que le concede la ley. Cuando esto no se respeta, se evidencia el desinterés del órgano jurisdiccional, en materia de recursos, en la etapa de la ejecución de la pena, y aísla a esta de las etapas que la preceden, en lo que respecta a la conservación de las garantías que le son propias al sujeto que se encuentra cumpliendo una pena.

No es suficiente que se reconozcan los derechos en una ley; si no se pueden hacer efectivos, son derechos simbólicos que no se pueden ejercer. Por ejemplo, el Artículo 58 de la Constitución establece que «nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes». Sin embargo, la libertad del sancionado no tiene sostén constitucional; está a merced del juez de ejecución (en las penas privativas de libertad sin internamiento) o en manos del Ministerio del Interior (en el caso de las penas de encierro). Y la Constitución es omisa al respecto; debería instituirse en sus postulados, y establecerse sus límites.

La judicialización en la ejecución de la pena no solo debe estar expresada en la ley, sino que deben existir garantías normativas. Es indispensable que, en la etapa de ejecución de la pena, sean conservados los derechos y garantías que brinda el ordenamiento jurídico, con la cobertura constitucional necesaria y un control judicial efectivo.

TRATAMIENTO LEGISLATIVO COMPARADO

Existen ordenamientos jurídicos que regulan la ejecución, ya sea con una mera referencia y sin atribuirle las funciones e importancia requeridas, o con

una extensa y profunda legislación, que incluye el respaldo constitucional, en dependencia del desarrollo alcanzado por los países en el campo del Derecho.

Para analizar las líneas normativas actuales, con relación al control en la ejecución de las penas, es provechoso hacer una distinción inicial. Los sistemas implantados en tal sentido pueden ser de tres tipos: directos, indirectos y mixtos. En los primeros, generalmente, órganos especializados se encargan de resolver los incidentes decisivos en la ejecución, como primera instancia; en los indirectos, la intervención del juez o tribunal, especializado o no, se diseña en vía de recurso, con carácter de justicia revisora de última instancia; y, en los mixtos, el control está dividido entre la administración y el poder judicial, ambos con facultades para decidir, aunque en materias diferentes.

Al realizar un estudio de esta institución ejecutora en las constituciones en iberoamérica, se vislumbra una intención expresa de abordar lo relativo al órgano que le correspondería la ejecución penal: en unas, existen referencias en cuanto a esta terminología en lo concerniente al poder judicial y, en otras, se recoge en lo referente al poder ejecutivo, como parte de las atribuciones del presidente de la República. Veamos cómo tratan esto algunos de los textos constitucionales iberoamericanos:

Venezuela. El Artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 deja claro que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte, en nombre de la República, por autoridad de la ley; y que corresponde a los órganos del poder judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia, mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

Por otra parte, mediante el Artículo 272, se garantiza un sistema penitenciario que asegura la rehabilitación del interno y el respeto a sus derechos humanos; asegura que los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales.

El texto constitucional, también establece el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias; que, en todo caso, se preferirá aplicar las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad; y que el Estado garantiza las instituciones indispensables para la asistencia post-penitenciaria que posibiliten la reinserción social del exinterno, y propicia la creación de un ente penitenciario, con carácter autónomo y personal exclusivamente técnico.

Según el Artículo 285, en los procesos judiciales, el ministerio público garantiza el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, y la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.

En Venezuela, el juez de ejecución tiene como funciones: revisar el cómputo practicado en el auto de ejecución, en caso de error o nuevas circunstancias que lo modifiquen; controlar el cumplimiento de las sanciones de reclusión en la propia celda, hasta por 30 días y reclusión en celda de aislamiento hasta por 15 días, sin que ello implique incomunicación absoluta; resolver la apelación de sanción disciplinaria que establece el recluso; y conceder salidas transitorias a los penados que hayan cumplido la mitad de su condena.

Chile. En lo referente al poder judicial, el Artículo 73 de la Constitución chilena vigente (1980, con reformas en 2001) reconoce la facultad de este, en cuanto a conocer de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, tareas que pertenecen, exclusivamente, a los tribunales establecidos por la ley. Ni el presidente de la República ni el Congreso pueden, en ningún caso, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Es obligatorio que la autoridad requerida cumpla, sin más trámite, el mandato judicial, y no pueda calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad, de la resolución que se trata de ejecutar. Se entiende que, por mandato constitucional le corresponde a los tribunales ejecutar lo juzgado.

Argentina. En la Constitución argentina (22 de agosto de 1994), el Artículo 18 fija las condiciones que deben tener los establecimientos penitenciarios, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellos, y la responsabilidad de los jueces encargados de que se ejecuten correctamente las sanciones.

Los jueces argentinos de ejecución tienen varias funciones: garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por el país y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley. Pueden disponer las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, conceder la libertad condicional, supervisar la detención domiciliaria o revocarla y denegar la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida, entre otras.

Uruguay. El Artículo 23 de la Constitución de 1967 (con reformas de 1996) establece que los jueces son responsables, ante la ley, por la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, y por separarse del orden de proceder que en ella se establezca. Y el Artículo 233 deja esclarecido que el poder judicial es ejercido por la Suprema Corte de Justicia y los tribunales y juzgados, en la forma que establece lo legislado, sin que se hagan alegaciones expresas, respecto a la ejecución de los fallos.

México. El Artículo 17 establece que las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. En México, no existe control judicial alguno sobre las sanciones, sino que estas, especialmente la privación de libertad, quedan al arbitrio de la administración penitenciaria.

Costa Rica. Respecto al poder judicial, el Artículo 152 de la Constitución de 1949 (con reformas de 2001) define que este se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que establezca la ley. Por su parte, el Artículo 153 indica que, al poder judicial —además de las funciones que esa Constitución le señala— le corresponde conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo, y contencioso-administrativas, y de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública, si fuese necesario.

Honduras. El Artículo 313 de la Constitución de 1982 (con reformas de 1999) establece que los tribunales de justicia requerirán el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones; y que si esto les es negado, o no lo hay disponible, lo exigirán de los ciudadanos. Otra especificidad la define el Artículo 314, cuando expresa que juzgar y ejecutar lo juzgado es facultad privativa de los tribunales de justicia, y es a ellos a los que corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos.

El Salvador. Referente al órgano judicial, el Artículo 172 de la Constitución de 1983 (con reformas de 2000) instituye que lo integran la Corte Suprema de Justicia, las cámaras de segunda instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias y corresponde, exclusivamente, a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria, contencioso-administrativa y otras que determine la ley.

Nicaragua. El Artículo 158 de la Constitución de 1987 (con reformas de 2000) establece que la justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el poder judicial, integrado por los tribunales de justicia que establezca la ley. Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al poder judicial.

Paraguay. Con respecto al poder judicial, el Artículo 257 de la Constitución (de 20 de junio de 1992), establece que los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley, y las personas que ejercen funciones, al servicio de él, están obligadas a prestar, a la administración de justicia, toda la cooperación que ella requiera para el cumplimiento de sus mandatos.

Perú. La Constitución de Perú (primero de julio de 1993) concentra el mandato de referencia en el poder ejecutivo, al indicar, en el Artículo 110, que el presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la nación; y a él le corresponde cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales, según las atribuciones dispuestas en el Artículo 118 de la ley fundamental.

Bolivia. En la Constitución boliviana de 6 de febrero de 1995, el Artículo 96 recoge, como atribuciones del presidente de la República: hacer cumplir las sentencias de los tribunales; y el 116 establece que el poder judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, las cortes superiores de

distrito, los tribunales y jueces de instancia y demás tribunales y juzgados que establece la ley; y que corresponde a estos, y a los jueces respectivos —bajo el principio de unidad jurisdiccional— la facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa, y la de hacer ejecutar lo juzgado.

En Bolivia, la institución del juez de vigilancia y sus atribuciones aparecen tanto en el Código penal como en la Ley de penas y sistemas penitenciarios. Entre estas últimas, están: participar en la concesión de libertad condicional; elevar, semestralmente, informes sobre el régimen penitenciario, a la subsecretaría de justicia; coordinar su labor con la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios; solicitar al juez de la causa, previos los informes del caso, la revisión de las sanciones que inequívocamente resultaran contrarias a las finalidades de enmienda y readaptación de los condenados; informar sobre la sustitución, prolongación o liberación de las sanciones; informar todo lo relativo a la suspensión condicional de la pena, libertad condicional y el perdón judicial; visitar, obligatoriamente, todos los establecimientos penales de su distrito, para verificar el estado y funcionamiento de estos; y obtener informes de los gobernadores o directores de establecimientos penitenciarios y autoridades judiciales.

España. En el Artículo 117 de la Constitución de España (27 de diciembre de 1978), se instituye que la justicia emana del pueblo y se administra —en nombre del Rey— por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Además, regula que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que estas establezcan.

Brasil. Fue el primer país que incorporó, a su ordenamiento jurídico, la figura del juez de ejecución y vigilancia, y la facultad de cursar órdenes o instrucciones a los responsables de la administración penitenciaria; ese país, también, creó un Consejo Penitenciario. Este y el juez de ejecución penal son los dos órganos fundamentales en lo relativo a la ejecución de las penas.

El Artículo 102 de la Constitución (5 de octubre de 1998) establece que es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía constitucional; y, según consta en el inciso L, le corresponde la ejecución de las sentencias en las causas de su competencia originaria, y le está permitida la delegación de atribuciones para la práctica de actos procesales.

En síntesis, respecto al mandato constitucional de judicializar la ejecución, hay países como Venezuela, Chile, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Bolivia y España que refrendan en este la obligatoriedad de los tribunales de ejecutar sus fallos; contrariamente, las constituciones de Uruguay, México y Argentina son omisas, a la hora de declarar a qué órgano le corresponde la ejecución. En el caso de México, específicamente, existe una amplia gama de instituciones en las que descansa el poder judicial, y no se delimita quién se encarga de esta función.

Las constituciones de Paraguay y Cuba muestran semejanzas, ya que, si bien establecen el ineludible cumplimiento de las sentencias dictadas por los tribunales, se refieren solo a otros órganos obligados a ello, como cooperación para que se ejecute el mandato judicial.

En la mayoría de los países de la región, el control judicial sobre la pena de prisión está atribuido al tribunal sentenciador, aun cuando es la autoridad administrativa la que aplica la pena. La excepción la constituyen Costa Rica y Argentina, que cuentan con sistemas directos de ejecución de penas.

A pesar de las novedosas disposiciones vigentes, que han surgido con el devenir de los estudios para un reordenamiento legal oportuno, la dispersión y omisiones normativas siguen siendo la nota típica en estos países.

Lo que sí resulta importante es que la Constitución establezca estas disposiciones, pues, con ello, se marca su supremacía, la que no debe ser solo en el plano teórico o doctrinal, sino, también, desde el punto de vista material; es decir, un espacio en el que se realizan las funciones de cada uno de los órganos estatales y de poder.

LA FUNCIÓN DEL JUEZ DE EJECUCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN CUBANA

Los nuevos paradigmas en la esfera jurisdiccional entrañan transformaciones en la responsabilidad de administrar justicia y ejecutarla. Al ser los jueces quienes deciden, de manera definitiva, la función de juzgar alcanza gran importancia y trasciende al Derecho y a los legisladores. Su actuación está signada por pautas y principios que ajustan su desempeño.

La Carta Magna cubana determina los órganos encargados de lograr la estabilidad judicial y disciplinaria en nuestra sociedad y la función de los tribunales de impartir justicia (artículos 120, 121⁷ y 123); también, el Artículo 121 preceptúa que el Tribunal Supremo Popular (TSP) ejerce la máxima autoridad judicial, y sus decisiones, en este orden, son definitivas; e indica que los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurados, con independencia funcional de cualquier otro y subordinados,

⁷ Artículo 120 de la Constitución de la República de Cuba: «La función de impartir justicia emana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye. La ley establece los principales objetivos de la actividad judicial y regula la organización de los tribunales; la extensión de su jurisdicción y competencia; sus facultades y el modo de ejercerlas, los requisitos que deben reunir los jueces, la forma de elección de estos, las causas y procedimientos para su revocación o cese en el ejercicio de sus funciones».

El Artículo 121 aduce que «los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurados con independencia funcional de cualquier otro y subordinados jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado».

jerárquicamente, a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado.

El Artículo 123 expresa que los fallos y demás resoluciones firmes de los tribunales, dictados dentro de los límites de su competencia, son de ineludible cumplimiento por los organismos estatales, las entidades económicas y sociales y los ciudadanos, tanto por los directamente afectados por ellos, como por los que, no teniendo interés directo en su ejecución, estén obligados a intervenir.

Es obvio que nuestra Constitución le da cierta fuerza a la ejecución de las decisiones de los tribunales, al dejar contemplada la obligación de cumplir las resoluciones por parte de todos; pero obvia una cuestión fundamental: no se obliga al juez a controlar la ejecución de sus fallos, y se delegan estas funciones en otras disposiciones legales (la Ley No. 82, Artículo 7⁸ y la Instrucción No. 201, del Consejo de Gobierno del TSP).⁹

Como se puede apreciar, uno de los derechos fundamentales más preciados para el ser humano (la libertad) se encuentra a la merced normativa de menor rango, pues la Constitución cubana es omisa al respecto, cuando debiera prestarle más importancia a las prerrogativas que puede tener, o no, el funcionario (juez de ejecución) que controla al ciudadano que, de alguna manera, tiene constreñida esa libertad.

Tanto en la Constitución como en la Ley de procedimiento penal (LPP) cubanas, el legislador le restó importancia a la etapa ejecutiva posterior al fallo, y desdeñó la trascendencia del valor jerárquico de la protección de las personas sancionadas.

A raíz de la promulgación de la Ley No. 62 de 1988, los jueces se percataron de que los mecanismos que ofrecía esta al respecto no eran suficientes para el efectivo control de tales situaciones penales, por lo que se dieron a la tarea de controlar ellos mismos a los sancionados a trabajo correccional con internamiento, y sin él, y les dieron seguimiento en los centros de trabajo donde fueron ubicados, y se reunían con ellos, para evaluar su comportamiento. También, crearon un mecanismo de estímulos de acuerdo con las evaluaciones que debían hacerle las administraciones.

Con estas perspectivas, se dictaron las bases y regulaciones para crear un sistema de control de la ejecución, aplicado, experimentalmente, en la provincia de Cienfuegos, no solo con las sanciones subsidiarias de trabajo correccional, sino, también, para controlar la ejecución de las medidas o

⁸ Ley No. 82, «De los tribunales populares». El inciso f) del Artículo 7 establece que «la legalidad está garantizada en la actividad judicial por la obligación de los tribunales de ejecutar efectivamente los fallos firmes que se dicten y de vigilar el cumplimiento de estos por los organismos encargados de intervenir en el proceso de ejecución; así como realizar las actuaciones que dispongan las leyes procesales correspondientes, cuando la ejecución de sus fallos incumba a otro organismo del Estado».

⁹ Instrucción No. 201, del CGTSP.

beneficios que no implicaban internamiento, las cuales contenían normas que ya iban perfilando el funcionamiento del juez de ejecución.

A raíz de los resultados positivos que arrojó este ensayo, con el objetivo de controlar el funcionamiento de esta figura, el CGTSP acordó generalizar tal práctica en todo el país por un año, y puso en vigor la Instrucción No. 163, de 14 de diciembre de 2000, mediante la cual se instituyeron los jueces encargados del control de la ejecución de las sanciones, medidas y beneficios que no implican internamiento. En 2002, esta fue actualizada por la Instrucción No. 163-bis y, por último, con la Instrucción No. 201, el 9 de octubre de 2010.

Mediante el mecanismo legislativo del CGTSP, se trató de suplir el olvido constitucional de la figura y función judicial del juez de ejecución; no obstante, la Constitución continuó sin cambios al respecto. Esto motiva la necesidad de estudiar el asunto y crea las premisas para las sugerencias que se hacen en el presente texto, en el sentido de proponer que la ley fundamental posea una adecuada expresión normativa, a tenor con lo expuesto.

Aun cuando la ejecución de las sanciones y su control presentaban dificultades,¹⁰ estas instrucciones solo les otorgaron a los jueces el control de las referidas situaciones penales, para asegurar el cumplimiento de los fines perseguidos con ellas.

En sentido general, la ejecución de la sentencia y la necesidad de que su control fuera efectuado por un juez aparecieron mejor dibujadas en la Instrucción No. 201, del CGTSP.

El juez encargado del control de la ejecución, como lo expresa la referida instrucción, es el funcionario profesional, con funciones de coordinación y control del debido cumplimiento de las sanciones subsidiarias, beneficios y medidas de seguridad predelictivos que no impliquen internamiento.

Estos jueces de ejecución tienen, entre otras funciones, el control efectivo de la pena, medida o beneficio; celebrar las comparecencias señaladas; realizar las presentaciones en los lugares de residencia de los sancionados, asegurados o beneficiados y en los centros laborales; valorar las solicitudes de revocación que se presenten y dar cuenta al tribunal sancionador de aquellas que estime fundadas; realizar la liquidación de la sanción para que el tribunal sancionador la apruebe; representar a la institución, ante todos los organismos involucrados en la ejecución de la sanción; confeccionar los expedientes de ejecución; llevar el libro de radicación de los sujetos; y velar porque los sancionados cumplan la responsabilidad y alguna otra obligación fijada en la sentencia.

¹⁰ Por ejemplo, se presentaron problemas en la implementación y ejecución de las medidas de control, vigilancia e influencia positiva sobre esas personas y se instauró cierta impunidad e ineficacia en los fines propuestos por esta institución, por lo que se hizo imprescindible optimizar los mecanismos de control y, por eso, el CGTSP dictó la Instrucción No. 201, de 9 de octubre del 2010.

Para el cumplimiento de sus funciones, se apoyan en las instituciones, entidades y organizaciones legalmente responsabilizadas, mediante los representantes designados en esos territorios, de forma permanente y periódica, bajo el principio de coordinación.

La LPP se limita a dedicar su libro séptimo a la ejecución de las sentencias y a resolver algunas cuestiones fundamentales, como determinación de la competencia en la ejecución (atribuida al tribunal sentenciador), requisitos del título ejecutivo y capacidad del imputado. También, recoge el procedimiento a seguir en caso de pena de muerte, y la posibilidad y modo de aplazar la privación de libertad, pero no abarca todos los aspectos que se manifiestan en la ejecución de las penas y que se establecen en dichas sentencias.

Por su parte, el Reglamento del sistema penitenciario¹¹ regula, propiamente, la ejecución de las sanciones de privación de libertad, el trabajo correccional con internamiento y las medidas de seguridad que implica este.

El análisis de estos cuerpos legales nos coloca ante un hecho indiscutible: la gran dispersión normativa existente, lo que provoca la aparición de lagunas y contradicciones en su aplicación; entre estas, la fundamental es que se le otorga la competencia al tribunal sentenciador, y se le excluye de otra autoridad, en la LPP; sin embargo, casi todo el proceso de ejecución, en particular las penas que implican internamiento, queda a cargo del órgano destinado para ello.

Estas lagunas y contradicciones traen efectos perjudiciales para la seguridad jurídica, vista, por un lado, en la seguridad estrictamente jurídica y, por otro, la que incide en la confianza del ciudadano en las instituciones políticas y jurídicas, pues al individuo le importa que, a través del derecho, se garanticen la justicia y la tutela de sus intereses individuales. Además, la eficacia de las normas también se ve afectada cuando estas lagunas, como ya se explicó, no se producen por ausencia de regulación —pues la dispersión normativa, en cuanto a la ejecución, es una realidad incuestionable—, sino por la existencia de normas que son defectuosas de alguna forma.

A ello sumamos que, al faltar el mandato constitucional expreso, el ciudadano puede verse más afectado, si la ley de desarrollo que se dicta o se ha dictado se refiere a un derecho establecido constitucionalmente o a un mecanismo de disfrute de este.

Las consecuencias de la existencia de estas lagunas se proyectan en distintas direcciones, afectando, entre otros aspectos a la legalidad, la seguridad jurídica, la justicia y a los principios de plenitud, unidad y coherencia. No obstante, aunque las lagunas existan como una realidad palpable en los ordenamientos jurídicos, no son un problema insalvable, imponen a todo operador jurídico el importante reto de la integración para colmarlas y minimizar sus efectos nocivos.¹²

¹¹ Artículo 1 del Reglamento penitenciario, versión del 8 de octubre de 2008.

¹² Majela Ferrari Yaunner: «Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y jusfilosóficas».

JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA COMO REDEFINICIÓN

Por la trascendencia de los derechos fundamentales y garantías del debido proceso en la ejecución de sanciones, es necesario contar con un ordenamiento que contemple la figura del juez de ejecución, con las atribuciones y facultades que fundamenten un sistema garantista de que el sancionado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, los derechos y las facultades que las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos le otorguen, y pueda plantear ante el tribunal que corresponda los alegatos que estime con arreglo a lo dispuesto por las disposiciones jurídicas mencionadas. De esta manera, se puede lograr que, entre las atribuciones de los jueces de ejecución de sentencia, esté asegurar la plena y efectiva aplicación del sistema garantista de ejecución de las penas y medidas de seguridad.

Todo esto posibilita otorgarle mayores instrumentos al juzgador, a fin de que él pueda garantizar los derechos fundamentales de los sancionados y destierre la errada concepción, largamente sostenida en la práctica, de que, después de que el juez impone su sentencia, se descuida de su ejecución, la que tradicionalmente era asumida por entidades estatales y organizaciones sociales y de masas, y se sustenta en un nuevo paradigma constitucional y jurídico-penal que redefine y fundamenta la función judicial del juez de ejecución en su doble extensión: tanto en función de legitimar y delimitar sus prerrogativas, como para salvaguardar los derechos y garantías de los sancionados.

Entre las necesidades identificadas, se encuentra la promulgación de una regulación legal específica para la ejecución de sanciones penales, que integre, en un único texto, sus disposiciones normativas, actualmente dispersas en diferentes cuerpos legales y en regulaciones emitidas por el Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República, el MININT y otras instituciones implicadas.

Esas carencias están relacionadas, en lo fundamental, con la falta de una concepción integral y coherente de la base normativa, que nazca del texto constitucional y propicie la actuación armónica e interactiva de las instituciones, entidades, autoridades y funcionarios que intervienen en la ejecución en los diferentes tipos de sanciones y, a la vez, con suficiente precisión, defina el marco de sus responsabilidades, funcionamiento y atribuciones, al amparo de un mandato constitucional que lo legitime.

En nuestro país, aunque ha existido una preocupación normativa por otorgarle a la fase ejecutiva de la sentencia penal un control judicial, este no ha tenido el requerido mandato constitucional.

La función judicial del juez de ejecución, y más concretamente la obligación de los tribunales de ejecutar sus fallos, constituye un mandato consti-

tucional en varios países del área de iberoamérica.¹³ Con ello se insertaría a Cuba entre el grupo de países que brindan una máxima protección a sus ciudadanos sancionados penalmente y se potenciaría el carácter humanista que posee el sistema penal cubano, creando un espacio de garantías para el ciudadano sancionado y una validación de los ideales de su protección que deben primar en todo Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- «Código tipo de procedimiento penal para América Latina» (Congreso Internacional, Roma 11-13, settembre 1991), Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en <http://www-derecho.unex.es/biblioteca/bibliotecas1.htm> [consulta: 7 de mayo de 2013].
- Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular: Instrucción No. 201, de 9 de octubre de 2010.
- Constitución de Argentina, de 22 de agosto de 1994.
- Constitución de Bolivia, Ley No. 1615, de 6 de febrero de 1995.
- Constitución de Brasil, de 5 de octubre de 1998.
- Constitución de Costa Rica, de 1949, con reformas de 2001.
- Constitución de El Salvador, de 16 de diciembre de 1983, reformada por el Decreto Ley No. 56, de 6 de julio de 2000.
- Constitución de España de 27 de diciembre de 1978 y Constitución de Costa Rica de 1949 y reformas de 2001, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en <http://www-derecho.unex.es/biblioteca/bibliotecas1.htm>, [consulta: 7 de mayo de 2013].
- Constitución de Honduras de 1982, con reformas de 1999.
- Constitución de México, de 1917, con reformas hasta 2002.
- Constitución de Nicaragua, 1987, con reformas de 2000.
- Constitución de Paraguay, de 20 de junio de 1992.
- Constitución de Perú, de primero de julio 1993.
- Constitución de Uruguay, de 1967, con reformas de 1996.
- «Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 30 de diciembre de 1999» en *Gaceta Oficial*, no. 5.453, ed. extraord., Caracas, 24 de marzo de 2000.
- Ferrari Yaunner, Majela: «Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y jusfilosóficas», Universidad de La Habana, en *intranet.lex.uh.cu/asignatura/57?page=1* [consulta: 27 de agosto de 2013, 6:00 p.m.].
- López Guerra, Luis y Luis Aguiar de Luque: «Constitución de 1980 con reformas de 2001 (Chile)», en *Las constituciones de iberoamérica*, Colegio de Abogados de Madrid, 1998.
- Prieto Valdés, Martha y Lissette Pérez Hernández: «Garantías para el ejercicio y defensa de los derechos del hombre. Consideraciones teóricas y expresión en Cuba», resumen de informe de investigación, La Habana, diciembre, 1999.

¹³ Vid. Artículo 73 de la Constitución de Chile de 1980, con reformas de 2001; y Artículo 172 de la Constitución de 1983, con reformas de 2000, de El Salvador (16 de diciembre de 1983, actualizada hasta reforma introducida por el Decreto Ley No. 56, del 6 de julio de 2000.

LA SANCIÓN ACCESORIA DE PRIVACIÓN DE DERECHOS

*M.Sc. Yaneiky Cortijo Caballero¹
jueza profesional, TPP de Sancti Spiritus*

LA DEFINICIÓN DE pena ha sido tratada por múltiples autores quienes la definieron aportando un concepto material, el cual ha variado en dependencia del sector de la doctrina que ha brindado aspectos sobre el tema, sin embargo esta es tratada en reiteradas ocasiones como la consecuencia jurídica del acto cometido contra el orden regulado. Primeramente la sanción o pena fue relacionada con el castigo, luego con el delito, para otros constituye la segunda institución fundamental de la parte general del Derecho, donde debe ser entendida como la consecuencia jurídica del delito. A pesar de la diversidad de criterios en cuanto a la definición de pena, en algo han sido coincidentes los autores, y es en lo relativo a que debe existir una conducta que transgreda las normas sociales permisibles en una determinada sociedad, para luego censurar, castigar o sancionar al individuo que ocasionó esto, pues a la clase imperante le resulta necesario regular todas las conductas contrarias a sus intereses. Por tanto la pena, atendiendo a ello, constituye uno de los requisitos exigidos por la ley para que exista el hecho punible, pues es necesario que la acción u omisión socialmente peligrosa se encuentre prohibida por la ley para que sea considerada como tal.

Otro aspecto importante y necesario dentro de la institución de la sanción o pena, lo constituye la determinación de su función y fines, en lo que igualmente existe diversidad de criterios doctrinales. No obstante, en sentido general, los autores que han tratado el tema y, en especial, los fines de la pena, coinciden en que la prevención general es uno de ellos, y se dirige a todos los ciudadanos, mientras que la especial o particular va dirigida al comisor del hecho y comprende la retribución del delito y la educación del sancionado. Pero más allá de ello, lo importante lo constituye el logro del cumplimiento de estos fines en la práctica. De tal modo que la sanción impuesta en cada caso sea suficiente para crear en la persona del sancionado una convicción de comprensión de las consecuencias socialmente negativas de su conducta, de tal suerte que no incurra en la comisión de nuevos delitos y que, además, contribuya a fomentar una conciencia de

¹ Tutor: Dr. Yan Guzmán Hernández.

respeto a la ley en el resto de los ciudadanos, por el temor a la transgresión de la ley penal.

La pena desde sus fines, en sentido general, trata de proteger los intereses sociales imperantes en una determinada sociedad; por ello, dentro de las principales funciones del Estado, encontramos la de proteger y garantizar el ordenamiento jurídico establecido, en concordancia con su carácter y esencia clasista; de aquí que, para garantizar el cumplimiento de esta función, se determinan las relaciones jurídicas que interesa tutelar, las que se concretizan dentro del marco del Derecho sustantivo que abarca diversas ramas, como pudieran ser la del Derecho administrativo y el penal. El texto constitucional cubano agrupa aquellos derechos fundamentales que si bien su mayoría se recogen en uno de sus capítulos,² obran otros disgregados en la normativa, pero que, de similar manera, revisten vital importancia para el ciudadano, siendo imprescindibles para la realización plena de la personalidad humana y tienen vital importancia para el hombre, en correspondencia con la sociedad en que viven. En consonancia a ello, el Código penal cubano, de manera particular, va a proteger cada uno de esos derechos recogidos en la Constitución, reflejando las penas a imponer por la comisión de un determinado ilícito penal. Visto de esta manera, podemos apreciar un matiz contractualista sobre la concepción de los fines de la pena, por cuanto la función de tutela jurídica deviene de un interés social, donde al Estado le resulta necesario protegerse de las infracciones de los individuos que lo conforman y, en ese sentido, ha creado leyes para la salvaguarda de la nación.

Analizado lo anterior, ligado a la imposición de una determinada pena y los fines que de esta se derivan en el sujeto comisor, no me he detenido en el individuo en sí que, para tener alcance en el Derecho penal, parte del presupuesto de la condición de ciudadano y, en especial, los sancionados a penas privativas de libertad o subsidiaria de esta.

La ciudadanía, definida por los principios de la democracia, se constituye en la creación de espacios sociales de lucha (movimientos sociales) y en la definición de instituciones permanentes para la expresión política (partidos, órganos públicos), lo que significa, necesariamente, conquista y consolidación social y política.

No obstante, la ciudadanía, como categoría jurídico-política, tiene una estrecha relación con los elementos esenciales de Estado, poder público, territorio y población; de ahí, su vínculo indisoluble. La transparencia y el control social del Estado por la sociedad civil solo pueden asegurarse mediante la combinación de las actuales instituciones, con la adopción de los mecanismos de consulta, referendo, plebiscito y otras formas de parti-

² Constitución de la República de Cuba, junio de 2002. En su Artículo 45, se detalla cada uno de los derechos del ciudadano y sus deberes, constituyendo de estricto cumplimiento lo dispuesto en dicho texto como un deber, además, de cada individuo.

participación directa, a través de instituciones colegiadas —que emergen de la democracia directa— que puedan remitir, incluso, a la estructuración y el control de los presupuestos públicos. La relación de representación política debe ser articulada con las representaciones de hecho y de Derecho que tengan capacidad de representar a la ciudadanía activa que hoy organiza a la sociedad civil, con nuevas formas de poder que construyen nuevas formas de legitimación.

Atendiendo a las consideraciones antes expuestas, la ciudadanía es el elemento esencial para la creación de una nueva institucionalidad política, donde la sociedad civil cumplirá un papel central en la construcción de un espacio público democrático, única fuente posible de gobernabilidad y de legitimidad del sistema político; de ahí, la importancia de ser un ciudadano para la sociedad. Este deberá participar en las distintas fases del proceso de toma de decisiones locales que, a su vez, propiciará, entre otras cosas: la adopción de decisiones de un mayor contenido popular, en tanto reflejan la voluntad de los ciudadanos, un mayor compromiso político del ciudadano con la comunidad y el sistema estatal en su conjunto, una mayor aceptación de la decisión y una mayor colaboración en su ejecución, en tanto este se considera como partícipe de aquella y no como su simple receptor o destinatario. La participación favorece, además, el autodesarrollo de la comunidad, entendida como la potenciación de las posibilidades de desarrollo de la comunidad desde dentro y no impuestas desde fuera o por agentes externos a la propia comunidad, aprovechando al máximo las iniciativas, ideas, criterios y sugerencias de la ciudadanía.

Lo anterior hace que disminuyan los riesgos de que la decisión perjudique a la comunidad, favorece el consenso, la legitimidad del poder, el carácter democrático del sistema político y su gobernabilidad, por tanto, en la medida en que el ciudadano participe, de forma activa, en la adopción de las decisiones y en la solución de sus problemas comunitarios, mayor será su confianza en las instituciones estatales municipales y en el sistema político en general.

Ser ciudadano en una sociedad democrática no solo significa poseer derechos y obligaciones, sino haber participado en la selección de los representantes, influir en sus decisiones y, en definitiva, tener una activa participación en la vida social y política de esa sociedad en que vive.

Pero la participación del individuo en la toma de decisiones de la sociedad en que vive no debe verse como fue concebida en la Roma antigua, donde el derecho de participación fue un atributo exclusivo del *populus*, integrado primeramente por los patricios y, luego, también, por los plebeyos, solo quedando fuera de este la gran masa de esclavos, mujeres y demás individuos carentes de la ciudadanía romana; y donde el ciudadano era considerado un servidor de la *res publicae* o cosa pública, sino como la concebida en la concepción moderna de la representación, que considera-

ba que la democracia directa del Estado moderno solo era posible con un régimen representativo.

En tal sentido, la participación política, como derecho, está sometida a los vaivenes de la historia de cada país; es, también, un concepto que ha evolucionado con los cambios de valores. Sin embargo, se puede afirmar que la legitimidad de los regímenes políticos está definida en función de la capacidad de participación política de su ciudadanía; esa participación se da en el marco de las instituciones de la democracia representativa.³ Como bien lo indica Sartori, la definición etimológica de la democracia es «[...] el gobierno o el poder del pueblo [...]».⁴

Pero Rousseau fue quien desarrolló la concepción más importante de la democracia, al sostener que no podría ser realmente libre quien no se gobernara a sí mismo. «La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable, consiste esencialmente en que la voluntad no se representa, es una o es la otra»,⁵ por tanto convierte de esta forma a la voluntad popular en presupuesto democrático.

A partir de esta concepción, se define la democracia directa e indirecta; la primera, referida a una forma de gobierno en la cual el pueblo participa de manera continua en el ejercicio directo del poder, es decir, todos los ciudadanos se reunían para debatir, decidir y hacer efectiva la Ley. El principio de gobierno era el principio de una forma de vida: la participación directa como ideal democrático.⁶

Asimismo, dada la amplia consolidación de los sistemas de democracia representativa y de sus evidentes virtudes en sociedades complejas de gran escala, los defensores de la democracia directa han abogado a favor de la instauración de mecanismos que resuelvan los problemas de la intervención directa de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas. Esos mecanismos son el plebiscito, el referéndum, la iniciativa popular y la revocación de mandato. En correspondencia con ello, concuerdo con la doctora Lissette Pérez, quien en «Algunas consideraciones en torno a la democracia»⁷, insiste en lo planteado por Rousseau, «que sólo en una sociedad participativa puede alcanzarse un verdadero desarrollo democrático que propicie la preocupación por los problemas colectivos».

Por ello, resulta importante referirse a la democracia, en el caso de Cuba, que encuentra su fundamento constitucional en el Artículo 3 de la Constitución: En la república de Cuba la soberanía reside en el pueblo del

³ Gilberto Guevara Niebla: *Democracia y educación*, p. 15.

⁴ Giovanni Sartori: *Teoría de la democracia*, p. 41.

⁵ Rousseau: *El contrato social*, p. 662.

⁶ Alejo Vargas Velázquez: *Participación y democracia*, p. 17.

⁷ Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (compiladoras): *Temas de Derecho constitucional cubano*, p. 53.

cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ella se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes; por tanto, este precepto demuestra la concepción democrática del poder en dos aristas: participativo, al establecer la posibilidad de su ejercicio directo; y representativo, cuando se ejerce a través de los órganos representativos y de poder.

De ahí que la participación pueda entenderse como: fundamento constitucional, un derecho, y un deber. Analizo *como un derecho*, atendiendo a que es una vía directa de ejercicio del poder político que disfruta el pueblo, como soberano, y fortalece la calidad de ciudadano. Es un deber porque constituye expresión del bien de la sociedad en su conjunto que, para realizarse, necesita del actuar de los ciudadanos como miembros de la colectividad, por lo que no se trata de individuos participando aisladamente con intereses diferentes, individuales o de grupos particulares, sino de defender la voluntad común por vías participativas.

La participación ciudadana, por tanto, presume la combinación entre un ambiente político democrático y una voluntad individual de participar. Se exige dicha combinación para lograr una verdadera participación ciudadana. Su finalidad es intentar influir en las decisiones políticas y de representar las reglas básicas que supone el Estado de derecho.

En correspondencia con lo anterior, la participación directa de los ciudadanos en el ejercicio del poder político es un derecho que se materializa no solo en la posibilidad que tiene el ciudadano de elegir a sus representantes, sino también en la facultad para intervenir directamente en los procesos de toma de decisiones públicas, razones por las cuales la limitación de cualquiera de estos derechos y deberes políticos al ciudadano, y su participación directa o indirecta en la toma de decisiones, conllevaría a la desigualdad entre el resto de los individuos y laceran el mayor sentir de democracia de una nación.

El fenómeno representativo muy ligado a la participación política del individuo surge desde la antigüedad y trasciende la manifestación de voluntad del ciudadano para con los intereses públicos.

Pero muy ligado a la concepción antes definida sobre la pena, sus fines y funciones, en la representación moderna, la persona que delinque, es decir, el que infringe las normas sociales imperantes en la sociedad en que se desarrolla, no solo sería objeto de una determinada pena, sino que, de manera paralela, se limitarían sus derechos cívicos, extendidos incluso a formar parte en la toma de decisiones, siendo así que, como expusiera Rousseau,⁸ «[...] todo malhechor al atacar el derecho social, hácese por sus delitos rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar las leyes, y hasta le hace la

⁸ Rousseau: *Op. cit.*, p. 21.

guerra. Entonces la conservación del estado es incompatible con la suya [...]. Los procedimientos, el juicio son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social, y, por consiguiente, de que no es ya miembro del estado [...]».

Visto de esta manera, la imposición de la pena tuvo un marcado fundamento en la ruptura del pacto social al que estaba integrado; por tanto, no solo merecería una pena, sino que, también, dejaría, incluso, de ser ciudadano y, con ello, perdería todo derecho en la vida política de esa sociedad.

Pero resulta de importancia que la verdadera representación no puede existir sin el apoyo de la forma más elemental de la participación ciudadana, que lo es el voto del pueblo. Y, siguiendo la idea, sin elección, no hay representación; se puede afirmar que, al final, la elección terminó convirtiéndose en la principal expresión de la democracia y, junto a otras cuestiones estructurales de los estados modernos, como la tripartición de poderes, el pluripartidismo, en el principal método para llegar a ella.

Pero si hacemos un pequeño recorrido a la historia, nos podemos percatar de que no siempre todos los ciudadanos han podido ejercer ese derecho al voto, sino que han estado sujetos a determinados grupos sociales que, desde el punto de vista social, económico, de género, y los limitados de su libertad, no han podido emitir su criterio, según los intereses sociales a adoptar.

Analizando la situación de estos últimos, es decir los presos, no podían ejercer el voto, lo que resulta lógico, partiendo de los postulados de Rousseau, ya que el preso ha quebrado, con su actuar, aquellas normas sociales creadas de la alianza existente entre los sujetos y, por tanto, no pueden disfrutar de determinados derechos políticos, ni siquiera participar en la toma de decisiones, todo lo que se haría efectivo mediante el ejercicio voluntario y consciente del voto. Esta concepción ha primado hasta nuestros días, cuando, en muchos países, incluyendo a Cuba, no solo los presos no ejercen el derecho al voto, sino, además, aquellos privados de su libertad y sujetos a proceso judicial.

El voto, como he indicado, tenía la función jurídica de materializar el derecho de representación; por ello, siguiendo el mentado planteamiento de que «sin elección, no hay representación», cabe preguntarse ¿qué sucede con aquellos individuos como los privados de su libertad, a quienes se les limita el derecho al sufragio?, ¿pudieron participar directamente en la toma de decisiones políticas?, ¿estaban representados al momento de adoptar decisiones que respondían a intereses sociales? Pues no podemos obviar que, cuando hablamos de representación, los representados delegan en aquellos (representantes) toda la responsabilidad del gobierno y la toma de decisiones y, en consonancia, estos serán los encargados de representar a todos los ciudadanos, al pueblo, a la nación en general.

A partir de 1789, el derecho al sufragio tiene un valor político-instrumental en función del derecho de representación, donde el derecho al

sufragio significa algo más que el mero derecho al voto; y, muy ligado a lo anterior, están los requisitos que deben tener las personas para ejercer el derecho al voto, los que han sido recogidos en todos los textos constitucionales con el decursar de la historia, pues, como se ha planteado, un grupo importante de la sociedad estaba excluido del ejercicio de este derecho, dígase, por ejemplo: los que no tenían riquezas y, por lo tanto, no pagaban impuestos (voto censitario), los que no sabían leer ni escribir y, por lo tanto, no generaban riquezas directamente (voto capacitario), las mujeres (la mayoría, sin derecho al trabajo), los negros, los locos, los presos. Tal limitación afecta a esos individuos, como sujetos de una determinada sociedad, por cuanto el voto permite la realización de los valores del ordenamiento relacionados con la democracia: la libertad, la igualdad y el pluralismo político. Sirviendo a la libertad porque se concibe como la expresión, manifestada de manera autónoma y voluntaria, de la opción personal sobre el modo en que debe desarrollarse la ordenación política del sistema social; a la igualdad porque se atribuye el mismo valor a todos los actos de participación, como consecuencia del idéntico valor de todas las opciones, lo que a su vez tiene relación directa con el pluralismo político, que se define como la garantía de la existencia de distintas maneras de entender la organización del poder político dentro de la sociedad y la atribución a todas ellas de similares posibilidades de realización práctica.

Pero hay una función del sufragio que no es separable de las anteriores porque las engloba y se confunde con cada una de ellas, pero que puede distinguirse, aunque sea a efectos analíticos; ella es la función de legitimación del Estado. Por tanto, el Estado, mediante el sufragio, articula la participación del pueblo en el ejercicio del poder, unas veces directamente (votando en referendums, por ejemplo) y otras indirectamente (eligiendo representantes).

Unido a lo anterior, existen principios generales que caracterizan a nuestro sistema electoral y, de ellos, hago referencia a dos, por estar vinculados, directamente, con este texto, lo que se analiza respecto a los presos que, en la actualidad, en Cuba, no pueden ejercer el derecho al sufragio. Me refiero a:

- Todos los ciudadanos con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes.
- Tienen derecho al voto los cubanos que hayan cumplido 16 años, excepto los incapacitados mentales, previa declaración judicial de su incapacidad, y los incapacitados judicialmente por causa de delitos.

Atendiendo al primero de los aspectos antes reseñados, la Ley No. 72 de 1992, en el Artículo 6, regula los requisitos que debe reunir todo cubano

para ejercer el derecho al sufragio activo,⁹ y, además, en el Artículo 7, plasma las causales de incapacidad para el ejercicio de ese voto directo.¹⁰

En correspondencia con ello, el Artículo 131 de la Constitución cubana¹¹ va a reflejar el derecho que tiene todo ciudadano cubano a participar en las elecciones periódicas y referendos populares, estructurando quiénes pueden votar, y ser elegidos. Entre sus requisitos, apreciamos la *nacionalidad*, es decir, la persona para ejercer el derecho al voto debe ser cubano, residir en nuestro país, condición esta que poseen los presos durante el proceso penal; *mayoría de edad*, lógico resulta que los presos tengan esa edad, ya que para ser sancionado o procesado penalmente resulta indispensable poseer 16 años de edad; y *capacidad de discernimiento*, también resulta atinado, ya que, de poseer su capacidad volitiva afectada, no podría ser sancionado ni siquiera procesado, pues estaríamos ante una de las causales de eximentes de la responsabilidad penal; en consonancia con ello, los presos en Cuba poseen los requisitos que se exige para el ejercicio del voto, con independencia de que estos no puedan ejercer el derecho al voto.

Ahora bien, la dificultad radica en el segundo de los principios relacionado con anterioridad, es decir, con los presos que no ejercen este derecho por estar incapacitados judicialmente, por causa de delitos, conforme esti-

⁹ Ley No. 72 de 1992, Ley Electoral, en el Artículo 6, establece que: Todo cubano para ejercer el derecho de sufragio activo debe reunir los siguientes requisitos:

a) haber cumplido dieciséis (16) años de edad;

b) ser residente permanente en el país por un período no menor de dos (2) años antes de las elecciones y estar inscripto en el Registro de Electores del Municipio y en la relación correspondiente a la circunscripción electoral del lugar donde tiene fijado su domicilio; o en la lista de una circunscripción electoral especial;

c) presentar en el Colegio Electoral el Carné Identidad o el documento de identidad de los institutos armados a que pertenezca;

ch) encontrarse en capacidad de ejercer los derechos electorales que le reconocen la Constitución y la ley.

¹⁰ La Ley No. 72, Artículo 7: Están incapacitados para ejercer el derecho de sufragio activo, las personas que estuvieren comprendidas en los casos siguientes:

a) los incapacitados mentales, previa declaración judicial de su incapacidad;

b) los sancionados a privación de libertad, aun cuando se encuentren disfrutando de libertad condicional, licencia extrapenal o gozando de pase;

c) los que se encuentren cumpliendo una sanción subsidiaria de la privación de libertad;

ch) los que hayan sido sancionados a privación de sus derechos políticos, durante el tiempo establecido por los Tribunales, como sanción accesoria, a partir del cumplimiento de su sanción principal.

¹¹ Constitución de la República, Artículo 131: Todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos para integrar los órganos del Poder Popular, y a participar, con ese propósito, en la forma prevista en la ley, en elecciones periódicas y referendos populares, que serán de voto libre, igual y secreto. Cada elector tiene derecho a un solo voto.

pula el Artículo 7 de la Ley electoral cubana, específicamente en sus incisos b), c) y ch), siendo estas limitaciones expresas en el ordenamiento penal, es decir, al regular la sanción accesoria de privación de derechos, recogida en el Artículo 37 del Código penal.

Pero entendidas dichas prohibiciones, la limitación del ejercicio del derecho al sufragio a los condenados constituye una sanción adicional que no contribuye a la rehabilitación social del detenido, partiendo de la función social y reeducativa que tiene la pena de incorporar a ese individuo a la sociedad con una conducta acorde con los principios sociales, humanos, morales y políticos. La privación del sufragio, sin embargo, provoca que aumente la distancia social entre el delincuente y la comunidad, y reafirma sus sentimientos de aislamiento y de no sentirse como un ciudadano pleno, y esto puede impedir, de su parte, la aceptación y el respeto de las normas sociales y el imperio de la ley. A pesar de estas consecuencias negativas que trae consigo, de manera general, la privación del derecho al sufragio, y sobre las que, además, debemos afianzarnos, como argumentos sólidos para mitigar tal prohibición, no nos oponemos a que se impongan restricciones a los derechos electorales de la persona; por ejemplo, a aquel que ha cometido graves abusos en el ejercicio de funciones públicas o cuyo comportamiento amenaza con socavar el Estado de derecho o los fundamentos de la democracia.

Es necesario romper con esa barrera preceptiva de limitación del sufragio a aquellas personas condenadas por la comisión de determinado delito; basémonos, además, en los postulados¹² de Lenin, cuando afirmaba que «[...] la privación de derechos electorales de un sector de los ciudadanos no significa [...] que una determinada categoría de ciudadanos es privado de derechos de por vida. Esto se aplica solamente en aquellos explotadores que, violando las leyes fundamentales [...], persisten en sus esfuerzos por mantener una situación de explotadores [...]».

Lenin, con su visión democrática, solo concebía esa limitación de derechos electorales para aquellas personas que habían cometido un delito grave contra el sistema político imperante. Agregaba, incluso: «[...] Los enemigos del socialismo pueden ser privados temporalmente no solo de la inviolabilidad personal, no solo de la libertad de prensa, sino incluso del sufragio universal [...]»;¹³ por tanto, ¿por qué aplicar dicha privación del derecho al sufragio a todos los sancionados por igual, sin distinción del delito, conducta, fin de la pena y sin valorar la debida proporcionalidad¹⁴ que debe existir entre el delito cometido y la sanción a imponer?

¹² Vladimir I. Lenin: *Obras completas*, t. 38, p. 118.

¹³ Lenin: *Op. cit.*, p. 195.

¹⁴ De las concepciones de Beccaria, sobre la proporcionalidad, se aprecian dos vertientes: *la pena ha de ser necesaria* (se materializa en la idea de que la pena no ha de ir más allá

En correspondencia con lo que al derecho al sufragio se refiere, debe tener una especial incidencia en el derecho penal, lo que significará que el legislador penal deberá actuar de manera que no ignore el contenido esencial del derecho, que es lo que hasta el presente ha sucedido.

Abordada, en reiteradas oportunidades, la sanción privativa de libertad, y recogida en el Código penal cubano, en el Artículo 37, lleva consigo la pérdida del derecho al sufragio, en sus dos formas: activo y pasivo, durante el tiempo o término de aquella, extinguiéndose esta accesoria, conjuntamente con la sanción principal, o pudiéndose extender más allá del término de la sanción cumplida.

Pero dicha sanción posee un aspecto importante a destacar, y es el sentido de su carácter preceptivo u obligatorio, para aquellos sancionados con privación de libertad como pena principal.¹⁵ Esto veda la discrecionalidad por parte del juez en cada caso y su posibilidad de decidir cuándo imponerla y cuándo no, lo que constituye punto de atención hacia posibles soluciones legislativas que brinden prerrogativas al juzgador, en aras de ampliar sus facultades en ese orden, pues, además del carácter obligatorio de la aplicación de los preceptos del Código penal, también el máximo órgano de justicia cubano ha emitido disposiciones que se refieren a este aspecto, reafirmando la categoría de la referida sanción al imponerse la principal de privación de libertad.¹⁶

En definitiva, la pena no es más que una restricción de bienes que se impone para reafirmar el derecho que ha sido quebrantado y, a su vez, para reeducar y reinsertar socialmente al individuo; por tanto, mantener la privación de derechos, como una pena preceptiva a la imposición de una sanción privativa de libertad, no contribuiría al logro de los fines que se persiguen con las sanciones.

de lo que es necesario para cumplir un fin), y *la pena ha de ser infalible*, referida a la necesidad de que, en la fase de ejecución, hay que garantizar su cumplimiento efectivo; en correspondencia con ello, la privación de derechos a todos los sancionados no resulta necesaria, atendiendo a la naturaleza y peligrosidad social del delito cometido.

¹⁵ En la práctica judicial, la sanción accesoria de privación de derechos se impone a todas aquellas personas, ejecutoriamente sancionadas a penas privativas de libertad, como las subsidiarias que contempla el Código penal, a pesar del delito de que se trate, su grado de consumación, y de la culpabilidad o dolo presente en el actuar del infractor. Ejemplos de esto son las sentencias 58 (9 de abril de 2014), 54 (1.º de abril de 2014) y 25 (25 de febrero de 2014), todas por el delito complejo de homicidio, lesiones y daños en ocasión de conducir vehículos por las vías públicas (por imprudencia), además de las sentencias 60 (10 de abril de 2014), por robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa; y 84 (7 de mayo del 2014), por homicidio en grado de tentativa. Las sentencias de referencia fueron dictadas por la Sala Primera de lo Penal del TPP de Sancti Spiritus.

¹⁶ El Dictamen No. 244, de 10 de abril de 1986, del CGTSP, señala que la sanción accesoria de privación de derechos públicos solo puede y debe aplicarse en todos aquellos casos en que se impone la de privación de libertad, corroborando lo preceptuado en el Código penal.

En virtud de lo antes referido y de la afectación que trae al principio democrático de la participación popular, veremos cómo diferentes países aplican su legislación, en pos de disminuir este efecto y contraponerlo a la legislación cubana, en aras de mejorar las restricciones que establece al respecto. En Argentina, Canadá y Costa Rica, existe una apertura con respecto al derecho al sufragio. Se les permite, a los sujetos que se encuentren en prisión, votar por sus representantes; se crean condiciones para que tales votos se hagan efectivos, por lo que se da la oportunidad necesaria a un determinado sector para que vote. En otros países, como España y Bolivia, solo se les limita el derecho al sufragio pasivo.

En consonancia con ello y con los fundamentos antes expuestos, nuestro ordenamiento jurídico pudiera, ante posibles cambios normativos en materia penal, valorar la posibilidad de no apreciar la privación de derechos políticos y, en especial, la prohibición al sufragio activo, como una pena principal o accesoria; o, de serlo, no tener carácter preceptivo para su imposición por el órgano judicial impositor. Con ello, garantizaremos mayor participación y consenso popular, comprometimiento del individuo con las decisiones políticas y sociales, sentirse un ciudadano con derechos y deberes respetados desde la Carta Magna, a pesar del delito cometido, para que el fin reeducativo y preventivo de la pena pueda surtir efecto en su conducta, por todo lo cual, se construirá un espacio público democrático, que sería de vital importancia como fuente para la gobernabilidad y legitimidad del sistema político.

CONCLUSIONES

1. El principio de proporcionalidad es uno de los que rectora la sanción penal. Entre los fines de esta, sobresale la función de tutela jurídica, que protege a los individuos, el orden social y el régimen estatal, y contribuye a formar, en los ciudadanos, la conciencia del respeto a la legalidad.
2. La concepción de la pena tuvo un marcado fundamento contractualista, en la medida en que el delito significó la ruptura del contrato social. Esto trascendió al contenido y extensión de la pena.
3. La concepción de la ciudadanía lleva implícitos el reconocimiento de derechos políticos y el cumplimiento de deberes por los ciudadanos, lo que trasciende el vínculo jurídico-político del individuo con el Estado. Mediante tales derechos, se logra mayor participación de los individuos en las decisiones estatales, se favorece con ello el consenso y la legitimidad del poder, y se refuerza el carácter democrático del sistema político.

4. La sanción accesoria de privación de derechos tiene un fundamento contractualista, cuando se aplica preceptivamente para cualquier tipo de delito, en la medida en que significa que la ruptura del contrato a través de él trasciende al vínculo del ciudadano con el Estado.
5. En Cuba, la sanción accesoria de privación de derechos se aplica preceptivamente a todos los penados, sin apreciar los fines de la pena y el principio de proporcionalidad, lo que constituye una pena adicional y significa una laceración del derecho a la participación política de los penados.
6. En legislaciones foráneas, se pone en evidencia una tendencia a la flexibilización de la sanción de privación de derechos, a partir de que no se utiliza preceptivamente, sino acorde con el principio de proporcionalidad, llegando incluso a preverse el derecho al sufragio activo de los privados de libertad.
7. En Cuba, los presos no deben despojarse del derecho al sufragio activo, salvo en los casos de delitos que, por su lesividad, lo ameriten y, en tal sentido, le procuramos participación directa.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel: *Derecho civil (I), Introducción y parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- Barrientos Pardo, Ignacio: *Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia*, Centro de estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2011.
- Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1968.
- Beling, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1943.
- Cañizares Abeledo, Fernando Diego: *Teoría del Estado y del Derecho*, Editora Universitaria, La Habana, 1970.
- Carbonell, Miguel (compil.): *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D. F., 2003.
- Cono, Rosa: *Multiculturalismo, democracia paritaria y participación política*, Madrid, 1999.
- Dieterich, Hans: *Bases de la democracia participativa y del nuevo socialismo del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.
- Diez-Picazo, Luis: *La representación en el Derecho privado*, Cívitas, Madrid, 1979.
- Duguit, León: *Manual de Derecho constitucional*, Francisco Beltrán, Madrid, 1926.
- Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Fernández Muñoz, Dolores Eugenia: *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, UNAM, México D. F., 1993.
- Focault, Michel: *El sujeto y el poder, microfísica del poder*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1993.

- Grillo Longoria, José A.: *Tratado de Derecho penal*, t. 2, Universidad de La Habana, 1998.
- Guevara Niebla, Gilberto: «Democracia y educación», en *Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*, 2.ª ed., México, D. F., 2001.
- Guzmán Hernández, T. Yan: «Representación en política, instituciones de democracia directa y revocatoria de mandato en Venezuela. Una manera de interpretar el modelo normativo-constitucional venezolano de participación política» (ponencia), Universidad de La Habana, 2008.
- Hegel: *Filosofía del derecho*, Editorial Claridad S. A., Buenos Aires, 1968.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend: *Tratado de Derecho penal, parte general*, 5.ª ed., Editorial Comares, S. L, Granada, 2002.
- Lenin, Vladimir I.: *Obras completas*, t. 35 y 38, Editorial Progreso, Moscú [s.a.].
- López Barja de Quiroga, Jacobo: «Las penas privativas de derechos», en *Revista del Poder Judicial*, no. 53, primer trimestre, Madrid, 1999.
- _____ : «Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención», en *Revista del Poder Judicial*, no. 46, segundo trimestre, Madrid, 1997.
- Medina Cuenca, Arnel: *Las penas privativas de libertad y sus alternativas*, Editorial de Ciencias Penales, 2005.
- Mir Puig, Santiago: *Derecho penal, parte general*, Reppertor, S.L, 6.ª ed., 1998.
- Montesquieu: *El espíritu de las leyes*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1976.
- Pagliere, Carlos y Damián Cini: *Pena de reclusión: inconstitucional del cómputo de la prisión preventiva*, Astrea, 2004.
- Pérez Hernández, Lissette y Martha Prieto Valdés (compiladoras): *Temas de Derecho constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Quiroz Pérez, R.: *Manual de Derecho penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- _____ : «Las modificaciones del Código penal», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 33, abril-junio, La Habana, 1988.
- Raggi Ageo, Armando M.: *Código de defensa social*, Cultural S.A., La Habana, 1938.
- Rivero, Ángel: *Tres espacios de la ciudadanía*, Madrid, 2001.
- Rodríguez Manzanera, Luis: *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, Porrúa, México, D. F., 1999.
- Rousseau, Jean J.: *El contrato social*, Biblioteca Edad, Madrid, 1982.
- Sartori, Giovanni: *Elementos de la teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- _____ : *Teoría de la democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- Torres Aguirre, Armando: «El fundamento de la pena», en *Justicia y Derecho*, año 4, no. 6, marzo, La Habana, 2006, pp. 4-25.
- Vargas Velázquez, Alejo: «Participación y democracia», en Colectivo de autores, *Democracia formal y real*, Bogotá, 1994.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba, 1791.
- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976.
- Constitución de la República de Cuba, de 26 de junio del 2002.
- «Constitución de la República Bolivariana de Venezuela», en *Gaceta Oficial*, no. 5453, ed. extraord., Caracas, 24 de marzo de 2000.
- «Constitución de la nación argentina, del 22 de agosto de 1994», en *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 23 de agosto de 1994.
- Constitución de la República de Paraguay, de 20 de junio 1992.
- Constitución política del Estado de Bolivia, de 24 de noviembre 2007.
- Constitución española de 27 de diciembre de 1978, modificada por Reforma del 27 de agosto de 1992.
- Constitución de Costa Rica, de 1949, actualizada con la Reforma 8106 de 2001.
- Código penal de defensa social de 1939.
- Código penal de la República de Cuba, Ley No. 21/1979.
- Código penal de la República de Cuba, Ley No. 62/1987.
- «Código penal de Venezuela», en *Gaceta Oficial*, no. 5494, ed. extraord., Caracas, 20 de octubre de 2011.
- Código penal de Honduras, Decreto Número 144-83.
- Código penal de la nación argentina, Ley 11 179, texto ordenado por decreto 3992/84.
- Ley penal de Bolivia, de 1999.
- Código penal de Paraguay, Ley No. 1160/1997.
- Código penal español, 24 de noviembre de 1995.
- Código penal de Costa Rica, 15 de noviembre de 1970.
- Dictamen No. 244, de 10 de abril de 1986, CGTSP.
- Ley No. 72 de 1992, Ley electoral de Cuba.
- Código electoral de Costa Rica, de 1970.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

M.Sc. Tamara Benavides Lenz¹

jueza profesional, Sala Segunda de lo Penal, TPP de Matanzas

EN CUBA, NO fue hasta la Constitución de 1940² —cuidadosamente redactada por la Convención constituyente del propio año— que se proclama, como principio constitucional y jurídico, la presunción de inocencia, específicamente en el Artículo 26.³

Esta Constitución fue suprimida como consecuencia del golpe de Estado del 10 de marzo de 1952 y restablecida en 1954. En 1959, con el triunfo de la Revolución, se restauró parte de aquel régimen constitucional, mediante la ley fundamental de ese año.⁴ La Constitución posterior (1976) no reconoció la presunción de inocencia, lo que constituye una evidente regresión de nuestra ley fundamental.

El estudio y análisis de la presunción de inocencia resulta en extremo importante, pues, de ser un principio del Derecho, ha pasado a convertirse en un derecho fundamental de la persona y, como tal, se ha incorporado a numerosos textos constitucionales, lo cual implica que sea valorado, a su vez, como garantía de los ciudadanos. En consonancia con lo anterior, Verdosa afirma que los derechos constitucionalizados, explícita o implícitamente, «tienen, por ello, la doble naturaleza de criterios esenciales del proceso y derechos fundamentales».⁵

La presunción de inocencia se ha incorporado a no pocos tratados y pactos internacionales y a la mayoría de los textos constitucionales foráneos; de ahí, la necesidad de su estudio, a fin de dar un concepto más amplio y justificar su proyección en la esfera constitucional como un derecho y garantía ciudadana, protegida por la ley de más alto rango, y de su protección especial, en caso de su vulneración.

¹ Tutor: Dr. Yan Guzmán Hernández.

² Néstor Carbonell Cortina: «Aproximación a la Constitución de 1940», p. 23.

³ Constitución de 1940, Artículo 26: [...] Se considerará inocente a todo acusado hasta que se dicte condena contra el acusado [...].

⁴ La ley fundamental se concibe sobre la base de la Constitución de 1940, la cual reproduce, en numerosos contenidos y acápites, si bien introduce modificaciones en un grupo de artículos y de disposiciones transitorias, algunas de fondo y otras de forma.

⁵ Victoria Verdosa: *Principios del proceso*, p. 25.

El desconocimiento de los actuales fundamentos teóricos, la real naturaleza jurídica de la presunción de inocencia y su deficiente formulación legal, propician una errónea interpretación y aplicación en la práctica judicial.

En síntesis, en Cuba, el principio jurídico de la presunción de inocencia no está plasmado en el texto constitucional; y, de ahí, la necesidad de su tratamiento, razón que sustenta este trabajo.

¿CÓMO REFORZAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA CUAL GARANTÍA DEL PROCESO PENAL?

La constitucionalización de la presunción de inocencia y su consecuente protección especial traería mayores garantías para el inculpado y para el proceso penal en general.

La necesaria materialización y regulación expresa de la presunción de inocencia en sede constitucional expone el significado de su aplicación práctica, con los mecanismos que tributan a su inclusión como causal de casación en la ley penal adjetiva.

El Artículo 1 de la ley procesal vigente consagra el principio de presunción de inocencia. Sin embargo, por la trascendencia e importancia de este, debe encontrar expresión práctica durante todo el proceso, visto desde su connotación jurídico-penal y hasta política. De ahí la relevancia de que encuentre tutela constitucional.

En la doctrina y en la práctica cubanas, la interpretación de la ley de procedimiento penal, desde la óptica constitucional, puede calificarse como inexistente. Los jueces, por lo general, cuando interpretan y aplican la norma penal, no tienen en cuenta los valores, principios, derechos, deberes y garantías que regula nuestra Carta Magna.

Se hace necesario resolver la situación que existe en Cuba, acerca de la interpretación de las normas penales, basada en la Constitución. Así, se logrará que se reconozca fuerza normativa a la ley fundamental y carácter vinculante a sus preceptos, en el ordenamiento jurídico positivo, para convertirse en la base referencial básica que debe tener el legislador, a la hora de conformar los bienes jurídicos penales.

Según Juan Carlos Carbonell Matéu,⁶ «[...] el Derecho Penal es aquella parte del Derecho Constitucional que se encarga de tutelar los valores fundamentales definidos en la Constitución [...]», idea con la cual coincido; sin embargo, en el caso de la presunción de inocencia, resumirlo a ello restringe su alcance y no lo coloca como rector de nuestro sistema, pues no se considera un derecho fundamental de todo ciudadano porque no tiene carácter constitucional; de ahí que la violación de este no tendría igual alcance como principio procesal que como derecho o garantía fundamental.

⁶ Juan C. Carbonell Matéu: *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, p. 25.

Entre los principales efectos que origina la constitucionalización del principio de presunción de inocencia, como garantía del justiciable, se observan los siguientes:

- Como consecuencia de su consagradoria constitucional, los derechos y garantías del imputado se considerarán garantía fundamental seria, con implicación en el orden procesal.
- Con este principio, de presumirse inocencia, es de aplicación inmediata, independientemente de que requiera de un posterior desarrollo legislativo y cambios en su formulación.
- Los derechos y garantías fundamentales vincularían a todos los órganos del poder público y, en particular, a la administración de justicia, la cual debe ceñirse a esa estructura de principios y garantías exigibles en el tratamiento de las distintas tutelas establecidas en el ordenamiento jurídico.

Ramón de la Cruz Ochoa⁷ expresa lo ineludible que resulta conferirle rango constitucional a las garantías fundamentales del sistema judicial; entre ellas, a la presunción de inocencia.

Ello está estrechamente ligado a que el Derecho procesal penal no puede verse solo como el medio o vehículo para la realización del Derecho penal sustantivo, pues, sin perder esa función básica, que siempre le ha caracterizado, cumple el papel de instrumentador de las garantías y derechos fundamentales que se establecen en las constituciones nacionales, a favor de los ciudadanos, frente al poder del Estado, en el ejercicio de su facultad de castigar o *ius puniendi*.

Refiriéndose a la Constitución, la presunción de inocencia «es de aquellos principios que laten en su espíritu»⁸ pues, en el primer párrafo del Artículo 59, se hace una remisión expresa a que «[...] nadie puede ser encausado ni condenado sino [...] con las formalidades y garantías que estas establecen [...]». Vista así, funge como principio que debe constituir una garantía, desde la égida constitucional, para así salvar esta importante omisión que padece la Carta Magna.

Se estima que esta interpretación no salva la notable ausencia del principio y que es evidente el retroceso de nuestro texto supremo, en relación con sus antecesoras más inmediatas, a pesar de existir mejores condiciones sociales y políticas que justifican su presencia. Es un hecho constatado que, en las constituciones modernas, aparecen consignados, de manera expresa, los principios y garantías esenciales del proceso penal.

La presunción de inocencia, vista desde la Constitución, no solo garantiza que se evite condenar, previamente, a una persona, sin las probanzas necesarias; sino, también, obliga a la autoridad encargada de hacer cumplir

⁷ Ramón de la Cruz Ochoa en el II Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2004.

⁸ Arlyn Pérez Duharte: *La presunción de inocencia, Memorias de trabajo de la Conferencia científica sobre el Derecho*, p 34.

la ley a practicar una investigación profesional, científica y exhaustiva para el esclarecimiento de los hechos delictivos y a determinar las responsabilidades procedentes. Así mismo, salvaguarda los derechos de las víctimas del delito y de la sociedad, en general, al castigar a quien verdaderamente corresponda, con elementos de prueba irrefutables y conforme a Derecho.

El mero reconocimiento constitucional de ese principio es un requisito jurídico-político necesario, pero no suficiente para garantizar su efectiva aplicación. La consagración de su noción, solo se produce cuando el ordenamiento constitucional adquiere determinada cualidad; esto es, cuando la Constitución se convierte en norma suprema y, por consiguiente, al consagrar determinados derechos, determina las consecuencias jurídicas correspondientes a los actos de cualquier índole que los puedan transgredir.

De esta forma, la garantía de hacer valer la presunción de inocencia pasa a convertirse en el complemento imprescindible para el tránsito que media desde su reconocimiento hasta la real eficacia, en la relación jurídica procesal.

Es decir, la efectividad de este principio depende tanto de su reconocimiento constitucional como de la existencia de mecanismos adecuados, prácticos y disponibles, para prevenir sus violaciones y reaccionar contra ellas, unido a la necesaria condicionalidad material para su pleno disfrute.

De lo anterior, se colige lo inexcusable que resulta perfeccionar la vía jurisdiccional, a fin de elevar su papel en la tutela o protección del principio en estudio, no solo en sede procesal, sino, también, constitucional, en aras de que actúe como mecanismo alternativo al cual el acusado puede apelar, en caso de ser declarado culpable con un número insuficiente de pruebas; de modo que, en la concurrencia de ambas vías, se logre un eficaz sistema de garantías, que conduzca al logro de la alta misión del Estado de lograr una cultura de respeto, protección y realización plena de los derechos.

Se advierte, claramente, que la inexistencia de este principio en el texto constitucional, y su nula protección, conlleva una ineficiente administración de la justicia penal. Muy distinto sería, si se estableciera como causal de casación, y en revisión especial.

Se cree factible un control, primero, con la interposición del recurso de casación, en cumplimiento del principio de presunción de inocencia. En la actualidad, los defensores, solo en vía de casación, invocan este principio al amparo de los artículos 67,⁹ 68,¹⁰ 69¹¹ y 70¹² de la ley de ritos penales.

⁹ «[...] procede el recurso de casación contra las sentencias definitivas dictadas en materia penal en primera instancia, por las Salas correspondientes del Tribunal Supremo Popular [...]».

¹⁰ El recurso de casación puede interponerse por infracción de ley y por quebrantamiento de forma.

¹¹ Establece los supuestos en que procede el recurso de casación por infracción de la ley.

¹² Establece los supuestos en que procede el recurso de casación por quebrantamiento de forma.

Si se parte del hecho de que toda función estatal goza de una incuestionable presunción de legitimidad constitucional, es evidente que ello no signifique negar, de plano, la posibilidad de eventuales excesos o distorsiones como situaciones de riesgos o indiscutible probabilidad. Esta es la segunda razón para instaurar el recurso de casación. Sin lugar a equívocos, en no pocos casos, mediante el poder conferido a los jueces, en la función de administración de justicia, puede vulnerarse la acogida de este principio de presunción de inocencia, lo que exige erigir mecanismos potencialmente reparatorios de los excesos.

La primera aproximación a este tema parece sugerir que la apreciación, en conciencia, de la prueba, no sería revisable fuera de la propia conciencia del que juzga. Si su convicción debe ser «íntima», como lo refrenda el Artículo 122 constitucional, el cual estipula que el juez, en su función de impartir justicia, solo debe obediencia a la ley, relacionado o sustentado ello con los medios probatorios practicados en audiencia, tal cual preceptúa el Artículo 357¹³ de la LPP, pareciera que no hay lugar para una verificación de esta, ante un segundo tribunal, sin embargo, tal como se aprecia, no siempre es así.

En la actualidad nuestro sistema de enjuiciamiento excluye la posibilidad del control en casación del principio en cuestión y ha sido sostenida tradicionalmente en nuestro país, tanto por los criterios de salas penales como por la doctrina. Su fundamento puede buscarse en el principio de intermediación que exige al tribunal, un contacto directo con los elementos probatorios en que ha de basar su decisión y juicio, lo cual impide al tribunal de casación controlar los efectos convencionales de los distintos factores emergentes de la «inmediatez» de la pujanza probatoria. También se sustenta en una concepción exclusivamente subjetiva de la certeza que el *in dubio pro reo* exige al juez para condenar.

Los fundamentos a que hice referencia previamente explican cómo las dos únicas excepciones admitidas a la imposibilidad de control casacional del *in dubio pro reo* hayan sido la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado, por parte del tribunal de juicio; o, por otro lado, que este, en la sentencia, exprese duda sobre la culpabilidad del acusado y, aun así, dicta un fallo condenatorio. Esto debería enfocarse a partir del fundamento constitucional que contiene tal principio, sin que el Estado, por

¹³ «El Tribunal, [...] apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la Defensa y lo manifestado por los acusados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley. En la sentencia, el Tribunal no puede sancionar por un delito más grave que el que haya sido calificado por la acusación; apreciar circunstancias agravantes no comprendidas en la misma, ni tampoco la participación de un acusado en concepto que lleve consigo mayor gravedad que el que la acusación haya sostenido; agravar el concepto de la acusación en cuanto al grado de realización del delito, ni imponer sanción más grave que la solicitada por la acusación [...]».

medio de los órganos judiciales institucionalizados para exteriorizar su voluntad, se pronuncie por la culpabilidad y la sanción, en presencia de un estado dubitativo del convencimiento.

Comparto el criterio de que, en la casación, no es posible un control de los aspectos del juicio de valoración de la prueba que dependen, en forma directa, de la intermediación como principio del proceso penal. Pero nada impide el control en la casación de los otros aspectos relacionados con la correcta calificación de la participación de los acusados, y ello tiene que ver con el principio de *marras*. Entonces, se afirma que, solo se excluye de su control, aquello a lo que el tribunal de casación no puede acceder porque depende de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral.

Por otra parte, se explica que el recurso de casación se limita solo a la comprobación de la correcta aplicación del Derecho (sustantivo y procesal, en lo que corresponda); por tanto, también es posible el control, dentro de estos límites, de si ha habido una lesión del principio de presunción de inocencia; o sea, el tribunal de casación podrá y deberá verificar si, a pesar de una ponderación objetiva de los resultados de la prueba, se mantienen todavía dudas no despejables en favor del acusado.

Es preciso dilucidar, entonces, si la configuración del sistema legal del recurso de casación en la ley penal cubana permite abrir la impugnación a las vulneraciones del principio de presunción de inocencia. Si esta se considera parte integrante de una garantía constitucional, la respuesta será sumamente sencilla; los aludidos artículos 69 y 70 de la ley de trámites penales establecen cuándo procede el recurso de casación; de ahí que la presunción de inocencia está cercenada como causal de casación en esta ley.

Es inoficioso pensar que, aunque el sistema de apreciación de la prueba en conciencia no ofrezca reparos para un control de la observancia del beneficio de la duda, de todos modos, hay razones para configurar en la ley penal el recurso de casación en el que no se diera cabida a cuestiones como esta.

Claro que, ante todo, cabría preguntar qué razones podría haber tenido el legislador para excluir de la casación la vulneración de la presunción de inocencia o, en otras palabras, qué razones le habrían obligado a dotar de las menores seguridades a tal presunción. Resulta indiscutible que una condena, sobre la base de dudosa comprobación del hecho, no puede ser el fundamento de una apreciación en conciencia; si subsiste la duda, no se puede condenar.

Si, como se observa, el control se puede llevar técnicamente a cabo, no se perciben razones político-procesales que pudieran conducir a renunciar a la introducción del principio como causal de casación. El punto de partida del sistema procesal penal, y del clamor social, es garantizar, ante todo, que no se condene a inocentes.

La adopción de fórmulas de control sobre los jueces en vía de recurso, donde se denuncie la violación de la garantía a la inocencia, no puede considerarse un acto contrario a los objetivos del sistema jurídico, sino un componente ideal para su efectiva realización.

Una vez constitucionalizada la presunción de inocencia, ante su desprotección u observancia, en una u otra instancia, propongo la implementación de un proceso especial de protección,¹⁴ lo cual coadyuva a la plena realización del debido proceso penal.

Este proceso especial se presentaría ante una sala única de igual nombre en el Tribunal Supremo Popular y, conforme al diseño actual del sistema judicial cubano establecido en la Ley No. 82, «De los tribunales populares», de 11 de julio de 1997, y su reglamento, con la salvedad de que los jueces de conocimiento sean en número de cinco profesionales, distintos a los de la sala penal, en evitación de reiterar el error de convicción viciada y la búsqueda de otra mirada, ahora en defensa de la Constitución, y se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia, sumariedad y preferencia; es decir, se substanciará con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente.

Procederá el proceso especial de protección de la presunción de inocencia contra toda acción u omisión de los encargados de administrar justicia —también el fiscal— que haya violado o amenace violar cualquiera de los derechos consagrados en la Constitución y las leyes, sobre todo en lo tocante a la obtención de pruebas que certifiquen o sindiquen responsabilidad al justiciable.

El escrito de reclamación será sencillo y deberá contener los requisitos siguientes:

- Identificación del promovente.
- Descripción del hecho que impugna.
- Identificación del órgano, causante de la lesión o amenaza.
- Identificación de la causa de la lesión o amenaza.
- Invocación clara del derecho constitucional cuya vulneración se alega. Este requisito debe considerarse como una obligación para quien recabe la tutela judicial de un derecho, ya para ese entonces, constitucional; debe expresar, con claridad suficiente, de qué derecho se trata y, de ser posible, especificar el precepto constitucional.
- Descripción del daño o perjuicio causado.

Admitido el escrito de reclamación, la Sala Especial resolverá lo procedente, en el breve plazo de 30 días, mediante sentencia, cuyos efectos tendrán el siguiente alcance:

¹⁴ La creación de este proceso, ante la vulneración de la observancia del principio de marra, al margen de su esencialidad, no constituye óbice para que en este se puedan reclamar otros principios constitucionalizados, como puede ser el de defensa.

- Declarará la existencia, o no, de la vulneración alegada. Si el resultado es afirmativo, el órgano judicial determinará:
 - La medida o sanción que, en su caso, corresponda al infractor.
 - La nulidad de la conducta infractora.
 - La reposición de la situación al momento anterior a producirse la violación o lesión del derecho.
 - La reparación de las consecuencias derivadas de la infracción, incluida la indemnización, si procediera, y la restitución al puesto laboral.

Como la Constitución, en su conjunto, no es una norma en igualdad con el resto del ordenamiento, debe reconocerse, en el orden práctico, su aplicabilidad directa y su papel rector, también, desde un punto de vista técnico-jurídico; deviene apreciable la necesidad imperiosa de que se reconozca a la ley fundamental de la República el papel que merece y, en ello, la consagración de la presunción de inocencia, dentro de toda la amalgama de normas que conforman el ordenamiento jurídico cubano.¹⁵

Estas son algunas consideraciones y estimativas de la ya necesaria implementación, en la Constitución, del principio de presunción de inocencia, fuera de la generalidad de la legislación penal, que tácitamente enmascara su verdadero sentido, y con la virtual observancia, por los operadores del Derecho, en la solución de conflictos, para así tributar a la recta administración de justicia, con soluciones y apoyaturas en caminos y posiciones más garantes.

BIBLIOGRAFÍA

Carbonell Cortina, Néstor: «Aproximación a la Constitución de 1940», en *Encuentro de la Cultura Cubana*, no. 24, 2001, [s.m.d.].

¹⁵ Al respecto, Prieto Valdés expone un criterio que considero muy acertado: «[...] la Constitución de la República establece la obligatoriedad de su respeto para todos como deber fundamental de la ciudadanía en general sin distinciones, y el reconocimiento que hace de la observancia de la legalidad como una obligación de todos los dirigentes y funcionarios. En ese sentido, si la Constitución es la ley política y jurídica de mayor rango dentro del ordenamiento jurídico de la sociedad, esto significa que todas las disposiciones normativas han de ser dictadas conforme a los postulados y principios que ella contiene, resultando así un mandato principal para todos los órganos, dirigentes y funcionarios estatales, políticos y de las organizaciones que forman la sociedad civil cubana. Desde el punto de vista técnico jurídico la vigencia del principio de constitucionalidad supone no sólo el reconocimiento de que la constitución sea la ley de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de la sociedad, sino su eficacia y aplicabilidad directa como norma de derecho positivo; lo que dicho en otras palabras supone el acatamiento directo de sus postulados, la aplicación de la constitución a la vida práctica no solo por los legisladores en el acto de hacer las leyes, también los demás órganos del Estado y de la Administración no solo las leyes, sino principalmente la constitución, así como la observancia y aplicación por parte de la Administración judicial en particular, en la solución de cada caso que tenga ante sí [...]».

- Carbonell Matéu, Juan Carlos: *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., adaptada al Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Cruz Ochoa, Ramón de la: Conferencia en el II Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2004.
- Hernández Sosa, Héctor Fidel: «El principio de presunción de inocencia en el proceso penal» (tesis en opción al grado de Esp. en Derecho penal), La Habana, 2004.
- «Ley de procedimiento penal», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 13 de agosto de 1977, [s.m.d.].
- Pérez Duharte, Arlyn: *La presunción de inocencia. Memorias de trabajo de la conferencia científica sobre el Derecho*, Editorial Barco de Papel, Mayagüez, 1997.
- Prieto Valdes, Martha: «La defensa jurídica de la Constitución cubana», en *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 2008, [s.m.d.].
- _____ : «El Derecho, la Constitución y su interpretación» (tesis para optar por la categoría de Dr. en Ciencias jurídicas), La Habana, 2002.
- Verdosa, Victoria: *Principios del proceso*, Bosch Editor, S. A., [s.m.d.].
- Villabella Armengol, Carlos: «La axiología de los derechos humanos en Cuba», en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés, *Temas de Derecho constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

LA CONSTITUCIÓN EN SEDE JUDICIAL¹

Dra. Lissette Pérez Hernández

Prof. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

QUISIERA, PRIMERO, AGRADECER esta oportunidad que me dan los organizadores de este acto de dirigirme a los graduados de la maestría en Derecho constitucional y administrativo, en su segunda edición, para reflexionar sobre la Constitución, precisamente en el espacio primero donde debe constatarse la importancia y aplicabilidad del magno texto: en sede judicial. ¿Es aplicable la Constitución de forma directa, o no? Respondemos que sí. Intentaré fundamentarlo.

La Constitución es algo más que una norma jurídica, es la columna más prominente en la edificación del orden jurídico, del orden estatal y de la estructura sociopolítica de un país. Dentro de cada ordenamiento jurídico, la Constitución funciona como guía ideológica, axiológica y técnica del resto de las normas jurídicas, pautando su validez y contenido. Se erige como el principal reservorio jurídico de los valores que consagra una sociedad, elegidos y salvaguardados a partir de intereses políticos, pero también de la mano de la historia, de las tradiciones y por la fuerza ordenadora de la sabiduría y la reflexión. Por todo ello, el cumplimiento de la Constitución debe ser la combinación de elementos materiales y formales; razonables y espirituales.

Motivado por lo anterior, el tema es replanteado académicamente con tenaz persistencia y es objeto de múltiples reflexiones jurídicas; sin embargo, aún no está agotado. Sobre estos contenidos, surgen con frecuencia un sinnúmero de preguntas. Para la presente intervención, he convertido en objetivos fundamentales los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los presupuestos que revelan la importancia de la Constitución en sede judicial?, ¿qué principios constitucionales fundamentan la aplicabilidad de la Constitución?, ¿cómo podría articularse, técnicamente, el valor normativo directo y general de la Constitución, en la actualidad?, ¿qué desafíos puede identificar la academia, al proponerse acompañar, científicamente, el proceso de perfeccionamiento de nuestra Constitución?

Intentaré ofrecer una respuesta concreta, y lo más breve posible, para cada pregunta formulada. En relación con la primera de ellas, he seleccio-

¹ Conferencia magistral impartida en la graduación de la maestría en Derecho constitucional y administrativo, 2.^a edición, Aula Magna de la Universidad de La Habana, 13 de mayo de 2015.

nado dos presupuestos para defender la importancia de la Constitución en sede judicial:

Primer presupuesto: la Constitución, como norma, es la ley de leyes. Ese reconocimiento encuentra causas en elementos jurídico-formales y políticos: las constituciones son fuente de legitimación material y formal del orden jurídico y político y, en tal sentido, son parámetros de validez del resto de las normas. La Constitución determina los órganos y los procesos de creación jurídica y contiene normas y principios que constituyen mandatos para su desarrollo posterior por los órganos de poder público, razones por las cuales son el fundamento que facilita y procura la base de la unidad interna del ordenamiento jurídico y, además, instrumentos para el control jurídico-político.

La Constitución —máxima expresión del marco institucional de una sociedad, síntesis de un proceso acumulativo, orientadora de cambios— coadyuva a la interpretación jurídica, fija metas y objetivos, es la vía jurídica principal para adecuar la sociedad a nuevas circunstancias; de ahí que las constituciones, sobre todo aquellas que se derivan de procesos revolucionarios, fundan programas de acción político-jurídica, contribuyen a la realización del poder político y son la máxima garantía jurídica de los derechos de los individuos y de las facultades de los órganos estatales, a partir de la normatividad, la obligatoriedad y la imperatividad superior de sus postulados.

La supremacía constitucional está dada, a su vez, por el propio contenido constitucional, si se tiene en cuenta que ella define el sistema político de la sociedad, regula elementos sociopolíticos trascendentales, como son las formas de participación popular y de acceso al poder, los mecanismos de legitimación, el control y la revocación de los gobernantes, los procesos de creación y aplicación del Derecho y derechos, los deberes y garantías esenciales del hombre, que marcan la relación individuo-Estado-sociedad, entre otros. La Constitución no es el resultado de circunstancias transitorias, es expresión normativa de la decisión del pueblo soberano que configura un orden normativo supremo, duradero y estable.

La Constitución cubana de 1976 constituye un logro jurídico-político, en tanto establece la concepción democrática del poder, contiene los pilares de nuestra nacionalidad, identidad e idiosincrasia y es el reflejo de los anhelos de muchos patriotas y constitucionalistas cubanos de otras épocas. Establece una organización política autóctona en su esencia, con una vocación democrática sin precedentes para la época en que fue aprobada y constituye la máxima expresión de nuestra institucionalización.

Segundo presupuesto: el carácter esencialmente popular que tiene la función jurisdiccional de impartir justicia en Cuba, establecida en el Artículo 120 de la Constitución de la República.

Obviamente, tal postulado constitucional no constituye mera declaración política, ha de concretarse en el desempeño cotidiano y permanente de

jueces, secretarios judiciales, y demás personal que integra los tribunales de justicia, quienes deben realizar su misión como servidores de la ciudadanía, en cuyo nombre, precisamente, cumplen tan compleja y honrosa misión.

De la misma forma, son objetivos de la actividad de los tribunales (regulados en el Artículo 4 de la Ley No. 82), relacionados con el tema que se analiza:

- a) Cumplir y hacer cumplir la legalidad socialista.
- b) Salvaguardar el orden económico, social y político establecido por la Constitución.
- c) Amparar la vida, la libertad, la dignidad, las relaciones familiares, el honor, el patrimonio, y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, también regulados, muchos de ellos en la Constitución.
- d) Proteger la propiedad socialista, la personal de los ciudadanos y las formas de propiedad que la Constitución y las leyes reconocen.

De lo señalado, resulta evidente que, para cumplir con efectividad la función judicial consagrada en la Constitución, y los objetivos de la actividad de los tribunales, la Constitución es ley fundamental, no solo por el carácter supremo ya apuntado, sino, también, porque funda y ofrece fundamentos. Como única norma primaria directamente emanada del poder constituyente, en ella, se encuentran los principios y valores que actúan como directrices jurídicas que deben guiar el actuar judicial, al dirimir los conflictos a los que cotidianamente se enfrentan, sobre la base de los principios constitucionales que orientan la aplicabilidad constitucional.

Para contestar la segunda de las preguntas, ¿cuáles son esos principios?

Primero: la supremacía constitucional, anteriormente comentada; segundo, el principio político de soberanía popular manifestado en la democracia socialista como principio de organización y funcionamiento del Estado cubano, en tanto la función de impartir justicia es constitucionalmente considerada un atributo del pueblo, el soberano, quien la delega en los tribunales para que la ejerzan en su nombre, en total coherencia con la voluntad del constituyente, al declarar que la ley de leyes esté presidida por el anhelo martiano de ser el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre; y, como tercer principio, la legalidad socialista.

El principio de legalidad constituye garantía y salvaguarda de la eficacia del Derecho, mecanismo que respalda el control en la realización y aplicación de las normas. Lo refrenda el Artículo 10 de la Constitución, al regular que «todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad». Su enunciado se completa con el Artículo 66 constitucional —Capítulo VII, «Derechos, deberes y garantías fundamentales»—, el cual establece que «el cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos».

Hemos constatado cómo, en algunas sentencias del Tribunal Supremo Popular (TSP), resulta invocado, como argumento, el principio de legalidad. Por ejemplo:

- La Sentencia No. 231, de 29 de marzo de 2006, cuyo segundo *considerando* alega: «[...] proceder que debe tutelarse en virtud del principio de legalidad, que obliga tanto a la Administración como a los ciudadanos a actuar por los límites formales y materiales regulados por ella [...]».
- La Sentencia No. 569, de 29 de junio de 2007, en su primer considerando, declara: «[...] quien recurre conoce la capital importancia que para nuestra sociedad reviste la legalidad socialista, que se traduce en el irrestricto respeto de la ley, emanada del órgano legislativo facultado y que no puede ser interpretada ni aplicada con acomodo a ningún interés sea cual fuere la investidura del funcionario de que se trate [...]».
- La Sentencia No. 813, de 22 de agosto de 2008, en su primer *considerando*, expresa: «[...] siendo así vale decir que lo pretendido por dicha impugnante no es cosa distinta que concederle consecuencia jurídica diferente a ese proceder obviando el principio de legalidad, es decir el imperio de la ley en las relaciones existentes entre las instituciones y los ciudadanos [...]».

Si la Constitución, como disposición de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, faculta a los tribunales como órganos para impartir justicia, ello ha de constituir una pauta indiscutible para todos. Nada de lo que concierne al ejercicio de los derechos de las personas que la Constitución reconoce debe ser ajeno a la justicia, aun cuando no exista una ley que desarrolle determinado precepto.

La normatividad es una consecuencia lógica, obligatoria y de principio, de la superioridad de la Constitución. La Constitución es norma y, como tal, debe ser susceptible de aplicación por los poderes públicos, en tanto auténtico Derecho integrado en el ordenamiento jurídico, aunque, por supuesto, las consecuencias prácticas de dicha normatividad varíen en función del contenido de los distintos preceptos.

Lo anterior obliga el planteamiento del tercer interrogante: ¿cómo podría articularse técnicamente, en la actualidad, el valor normativo directo y general de la Constitución?

Las respuestas pueden ser amplias, son técnicas y cada una de ellas puede dar lugar a presentaciones científicas independientes. Me aventuraré, solo por esta vez, a indicar algunas, teniendo como punto de partida que la Constitución, a la vez que regula cómo deben comportarse los órganos estatales, regula relaciones que se dan en sociedad: del Estado con los individuos, y relaciones de estos entre sí. La Constitución está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico, asienta las reglas y lo legitima, pero, no por ello, su acción es externa, la Constitución es parte integrante del ordenamiento jurídico.

Algunas respuestas concretas pudieran ser las siguientes:

1.^a Como se conoce, la mayoría de las legislaciones imponen a los jueces la obligación de juzgar (prohibición del *non liquet*), motivo por el cual, aun ante lagunas en la ley, ningún caso judicial puede considerarse fuera del ordenamiento jurídico. De esta forma, la facultad integradora que deben tener los tribunales, ante las lagunas, se convierte en garantía fundamental de la aplicabilidad constitucional, en especial, cuando nada impide que las lagunas puedan colmarse, integrándose a partir de los fundamentos, principios y valores que la Constitución consagra.

2.^a Por medio de la más cotidiana habilidad de un jurista, también es posible la aplicación de la Constitución en sede judicial, es decir, mediante la interpretación como método jurídico, conciliándose la norma interpretada con su contenido social, político, económico e histórico, teniendo como guía selectiva la dimensión sistémica del Derecho.

José Martí, al expresar su apreciación sobre cómo debía desenvolverse la función judicial, aseveró: «No se les sienta a los jueces en ese puesto para maniatar su inteligencia, sino para que obren justa, pero libre. Tienen el deber de oír el precepto legal, pero también tienen el poder de interpretarlo».² Consideramos que, para interpretar una norma, es importante ubicarla en el sistema en que se inserta, lo que, incluso, permite comprender su alcance.

3.^a También es posible la aplicabilidad de la Constitución, teniendo como vía la argumentación jurídica, cuando, ante el conjunto de opciones que le ofrecen los principios, el juez selecciona los elementos argumentativos, según sean razonables, es decir justos y ajustados a Derecho. Debe tenerse presente, en este sentido, que la Constitución proclama los principios que dan fundamento y razón de ser a las normas concretas.

En resumen, en virtud del principio de legalidad, en su relación indisoluble con la supremacía constitucional, es viable buscar amparo en la Constitución de la República interpretando, integrando y también argumentando las sentencias con las posibilidades que esta ofrece. Los jueces no solo pueden y deben aplicar la Constitución, deben ser, además, sus custodios más seguros, aunque este último asunto, por su amplitud, puede ser tema para otra conferencia.

La Constitución contiene los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico y político, por lo cual el Estado y las normas que él genera deben desarrollarse conforme al cauce constitucionalmente creado, conminados por la obligatoriedad de sumisión a sus normas y el impedimento formal de transgresión de sus contenidos.

Sabemos que, en materia de aplicabilidad de la Constitución, en sede judicial, se han dado pasos y, en la actualidad, se exhiben resultados con-

² José Martí: *Obras completas*, t. 22, Centro de Estudios Martianos y Karisma Digital, La Habana, 2001, p. 247 (soporte digital).

cretos; no obstante, en pos del perfeccionamiento de la actividad judicial, todavía queda por hacer sobre este particular. Responsabilidad importante de los jueces, pero no exclusiva de ellos; la ciencia y la enseñanza del Derecho tienen también su deuda, y en ese sentido igualmente, mucho que aportar, enseñando y abordando los contenidos, de forma cada vez menos positivista y dogmática.

Hoy día, cuando el país se encuentra inmerso en la actualización del modelo socioeconómico, y abocados como estamos por la profundidad y trascendencia del perfeccionamiento, a una reforma constitucional, urge que todos los espacios y análisis constitucionales siembren inquietudes e intenten encontrar soluciones.

Para contestar la última pregunta, relacionada con posibles líneas científicas para el perfeccionamiento, convertiré en propias, por un momento, palabras de Boaventura de Sousa Santos. Dice este reconocido autor de izquierda, sociólogo y jurista portugués: la ciencia y las teorías que esta produce no son la vanguardia, nada más lejos, para que sean útiles, deben constituir una teoría de retaguardia imprescindible, que acompañe los procesos, sin pretender guiarlos. Con ese propósito, me atrevo a resumir algunas bases sobre las que han quedado construidas el resto de las ideas que he expuesto.

En sentido general, el valor de los procesos de perfeccionamiento que conducen a reformas constitucionales está signado por la originalidad y la pertinencia, deben ser auténticos; para lograrlo, considero vital que estén centrados en las particularidades y necesidades concretas del país, sobre la base de un pensamiento crítico constitucional, progresista, comprometido con la profundización democrática, en diálogo con las experiencias de otras regiones del mundo, pero con fidelidad a nuestra historia, cultura, experiencias, conocimientos y tradiciones jurídicas, en total correspondencia con el modelo socioeconómico que se consagra, política y jurídicamente, en el país, con fuerza particular en nuestro caso, en estrecha relación con la atipicidad de su institucionalización. De la misma forma, cobra especial importancia la coherencia del proceso, donde el análisis de los fundamentos y el perfeccionamiento mismo tengan carácter sistémico y, por último, resulta igualmente relevante en la búsqueda de eficacia, que se puedan fortalecer las potencialidades democráticas del proceso de perfeccionamiento, a través de la más amplia consulta, popular y profesional.

Para concluir, quisiera hacerlo con palabras del maestro, del profesor Fernández Bulté, que datan del año 1993, pero que, por su total vigencia, bien podrían haberse pronunciado hoy:

En momentos difíciles hay que inclinarse, sin dudas, por soluciones extremas. Lo extremo es precisamente extremar la defensa constitucional frente a todos los embates de la sociedad contradictoria y de sus operadores [...]. En Cuba, en las actuales circunstancias históricas,

se hace acuciante reflexionar sobre el tema. Se hace impostergable asegurar la defensa constitucional. Algunos, claman por flexibilidad y tratan al texto magno de viejo obsoleto que reflejó solo un momento fundamentalista de nuestra febril obra política. Otros pensamos que en este texto está la herencia política de lo más puro y fructífero de nuestra historia. Tenemos que mejorarlo y adecuarlo, pero en sus límites y sin violarlo. Defender la Constitución es, ahora, defender el legado histórico. No puede haber en ello ni vacilaciones ni ingenuidades. No es posible confundir la lucha por lo que hemos llamado nuestra «utopía», con la ridícula candidez que hace vulnerables nuestras mejores trincheras de legalidad y justicia, ante cualquier impulso nacido de intereses que hoy no pueden ser ignorados, o también, de la incapacidad o de la ineficiencia [...]. Los órganos jurisdiccionales pueden devenir depositarios del testamento o la voluntad política expresados en la Constitución.

Muchas gracias



**Maestría en Derecho constitucional
y administrativo (2.^a edición)**
Graduación



LA INFORMACIÓN A SU ALCANCE
CON UN SOLO CLIC



www.tsp.cu



Tribunal
Supremo Popular

JUSTICIA Y DERECHO

ESTEBAN DÍAZ CASIMÍR

Fernando Álvarez Tablo
Paradigma del Derecho en Cuba

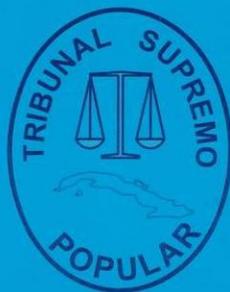
DESCUBRIENDO
El sentido de la vida

LUIS M. RIVERA RODRÍGUEZ
Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

JOSÉ A. GARCÍA ÁLVAREZ
Conducta y justicia popular

UN ESPACIO PARA EL CONOCIMIENTO Y LA REFLEXIÓN

- Boletín del Tribunal Supremo Popular: contiene disposiciones del Consejo de Gobierno y sentencias dictadas por las salas del TSP.
- Revista *Justicia y Derecho*: promueve la divulgación de la labor investigativa de los jueces, juristas y profesores del país.
- Colección Memoria Judicial: homenaje a hechos relevantes y personalidades de la judicatura.



Revista del Tribunal Supremo Popular
República de Cuba

ISSN1810- 0171