
SUMARIO

- 3** • *Derecho procesal: sustrato instrumental de jueces y magistrados*
M.Sc. Rubén Remigio Ferro
- 10** • *La doble conformidad judicial y sus elementos configuradores*
Dra. Maricela Sosa Ravelo
- 31** • *La calidad como valor institucional que prestigia al STP*
Esp. Liliana Hernández Díaz
Esp. Alina de Fátima Santana Echerri
- 44** • *Un nuevo enfoque de los principios de la función judicial*
Cor. Roselia Reina Batlle
Tte. cor. Luis Ángel González Hernández
- 65** • *En pos de una tutela judicial efectiva a las personas con discapacidad*
Esp. Kenia María Valdés Rosabal
- 81** • *¿Por qué no integra el delito de falsificación de sellos y efectos timbrados?*
Esp. María Caridad Bertot Yero
- 88** • *La empresa estatal como sujeto esencial: responsabilidad contractual*
Lic. Yolanda Pino Martínez
Lic. Alina Bielsa Palomo
- 99** • *Apuntes sobre la importancia de la argumentación judicial*
Esp. Alina de Fátima Santana Echerri
Esp. Tomás Betancourt Peña
- 111** • *La buena administración como principio del Derecho administrativo: su control judicial en Cuba*
Lic. Yomays Olivárez Gaínza
- 135** • *Garantía del derecho a la libertad y a la seguridad personal: el hábeas corpus*
Lic. Raudel Navarro Hernández
Lic. Marcia del Carmen Campos Jardines
Lic. Yaíma Reyes Santamaría
Lic. Denys Gonzalo Domínguez Reyes
- 158** • *La disolución y liquidación de cooperativas en Cuba: solución de conflictos en sede judicial*
Esp. Teresa Andrea Méndez García

Justicia y Derecho
revista del Tribunal Supremo Popular

Directora
Dra. Maricela Sosa Ravelo

Consejo editorial
Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez
M.Sc. Carlos Manuel Díaz Tenreiro
M.Sc. Ranulfo Antonio Andux Alfonso
M.Sc. Gustavo Méndez González
M.Sc. Aymee Fernández Toledo
Esp. Liliana Hernández Díaz
Esp. Roselia Reina Batlle
Esp. Otto Eduardo Molina Rodríguez
Esp. María Caridad Bertot Yero
Esp. Isabel Inés Arredondo Suárez
Esp. Odalys Quintero Silverio
Esp. Orlando González García
Lic. Alina Bielsa Palomo

Compilación y clasificación
Lic. Celaida Rivero Mederos

Edición
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Corrección
Lic. Cecilia Meredith Jiménez

Maquetación
D.I. Ailén Alayón Perdomo
D.I. Ilianne Serrano Silveira

Redacción
Aguiar 367 entre Obrapía y Obispo
La Habana Vieja, La Habana
Teléfono: (53) 786 98768
E-mail: celaida@tsp.gob.cu

RNPS 0504
ISSN 1810-0171

Publicación semestral
Año 17, no. 33, diciembre de 2019

DERECHO PROCESAL: SUSTRATO INSTRUMENTAL DE JUECES Y MAGISTRADOS

Discurso pronunciado por Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular, en la inauguración del Congreso internacional de Derecho procesal

Resumen: El TSP, en los últimos años, aprovechando las facultades constitucionales conferidas, ha desplegado un papel protagónico en la evolución progresiva del Derecho procesal cubano, a partir de promover importantes modificaciones legales y emitir diversas normativas a los tribunales. El principal reto de la función jurisdiccional en el presente siglo es el necesario replanteo conceptual del ejercicio de la función judicial con enfoque de servicio público. La clave está en asumir que el desempeño efectivo del «poder judicial» entraña la necesidad de ejercerlo como «deber judicial», a partir de la responsabilidad y las obligaciones que los jueces y magistrados contraen con la sociedad.

Abstract: The Supreme People's Court, in recent years, taking advantage of the constitutional powers conferred, has played a leading role in the progressive evolution of Cuban procedural law, starting from promoting important legal modifications and issuing various regulations to the courts. The main challenge of the jurisdictional function in the present century is the necessary conceptual rethinking of the exercise of the judicial function with a public service approach. The key is to assume that the effective performance of the “judiciary” implies the need to exercise it as a “judicial duty”, based on the responsibility and obligations that judges and magistrates contract with society.

Palabras clave: Derecho procesal, derechos fundamentales, sistema judicial cubano, procesos judiciales, acceso a la justicia, debido proceso, tutela judicial efectiva, sede judicial, práctica judicial.

Keywords: Procedural law, fundamental rights, Cuban judicial system, judicial processes, access to justice, due process, effective judicial protection, judicial headquarters, judicial practice.

Distinguidos integrantes de la presidencia:

Estimados participantes en este Congreso:

Mi querido y contumaz amigo, el profesor Juan Mendoza, quien —como casi todos los aquí presentes conocemos— es uno de los principales organizadores de estos encuentros, se las ha ingeniado de nuevo para comprometerme a pronunciar las palabras inaugurales de este congreso.

En esta ocasión, para lograrlo, utilizó como argucia esgrimir el argumento de que el tema central del foro sería «Los retos de la función jurisdiccional en el siglo *xxi*» y su fecha de realización tendría lugar apenas unos pocos días después de proclamarse la nueva Constitución de la República de Cuba, en cuyo texto se refuerza notablemente el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, como derechos fundamentales de las personas. Ambas razones, según él, justificaban, por sí solas, mi intervención en el acto.

Pueden imaginarse la sonrisa pícara con que acompañó su solicitud, confiado en que, como efectivamente sucedió, sería difícil para mí rehusarme a tan sugerente invitación. Así es que heme aquí, como prueba palpable de sus habilidades para conseguir implicarme en esta difícil, pero, a la vez, honorable misión.

La realización periódica de foros como este ha devenido atractiva cita para juristas cubanos y foráneos, especialistas o estudiosos del Derecho procesal, que asumen el cónclave como valiosa oportunidad para intercambiar saberes y experiencias sobre el desarrollo de esta apasionante disciplina.

Particular interés suscitan estos encuentros entre los integrantes de la judicatura cubana, representada hoy aquí, como en ediciones anteriores, por varios de sus miembros, procedentes de las diferentes instancias judiciales. Es lógico que así sea, porque de alguna forma compartimos la idea de que el Derecho procesal, en clave operacional, constituye el hábitat o sustrato instrumental de jueces y magistrados en su ardua tarea.

El ejercicio de la función jurisdiccional es, tal vez, entre las distintas profesiones cuyos contenidos giran en torno a la aplicación u operación de esta rama del Derecho, en el que se percibe, con mayor nitidez, la visión plena e integradora del Derecho procesal; concebido no solo como meras normas adjetivas, sino, además, como complejo entramado de categorías y principios, cuyo dominio y manejo resultan indispensables para la efectiva conducción y desarrollo de los procesos judiciales.

En tal sentido, en Cuba, asistimos hoy a un momento de particular relevancia y trascendencia. La nueva Constitución, proclamada el pasado día 10 de abril, tras un ejemplar ejercicio democrático de participación popular en su elaboración, contiene, entre sus novedades de mayor impacto, la formulación precisa y abarcadora del amplio catálogo de derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas, sus deberes y las garantías que aseguran su adecuada protección y cumplimiento, entre las que, por supuesto, sobresalen las relativas al acceso a la justicia y el debido proceso.

En comparación con su antecesora de 1976, que en su esencia poseía un contenido más programático y enfocado en la institucionalización de las transformaciones estructurales y funcionales de la vida económica, política y social del país, en la nueva Carta Magna, sin dejar de contener preceptos de similar naturaleza, se establecen disposiciones que pautan, de manera concreta, principios y normas de actuación para todas las personas, insti-

tuciones y entidades; con un carácter vinculante inmediato *per se* y que, en consecuencia, pueden y deben ser tenidas en cuenta en el desarrollo de los procesos en sede judicial.

Tal característica supone, a todas luces, un reforzamiento del texto constitucional, como norma directamente aplicable en la tramitación y solución de los asuntos que llegan a los tribunales, con independencia del desarrollo que alcancen en la legislación complementaria.

Aunque no es nueva en la práctica judicial cubana esta concepción de la aplicabilidad directa de preceptos constitucionales al juzgamiento de los casos, por vía de la interpretación integradora del Derecho, por parte de los jueces (lo que se puede constatar en varias sentencias dictadas por nuestros órganos jurisdiccionales), no cabe duda de que este nuevo panorama plantea, al sistema judicial cubano, el reto de ser consecuente y proactivo cumplidor y defensor de los preceptos de la vigente ley de leyes.

Particularmente remarcable resulta el hecho de que la flamante norma suprema que recientemente nos hemos dado los cubanos, en su capítulo VI, de incuestionable naturaleza procesal —bajo el rubro de Garantías de los derechos— agrupó, en un racimo de nueve preceptos, todo el andamiaje tutelar que ampara los derechos consagrados en la propia Constitución y los comprendidos en las normas ordinarias.

El primero de los artículos de ese apartado, el número 92, estipula categóricamente el derecho de las personas a acceder a los órganos judiciales, a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses, ante decisiones de corte administrativo, potencialmente lesivas a los intereses y derechos legítimos de los implicados. Al amparo de ese precepto, no existe impedimento legal para que cualquier ciudadano ponga en manos de los jueces la valoración y decisión sobre un derecho o interés que estime que le ha sido vulnerado.

Este importante principio, erigido como uno de los pilares fundamentales que sirven de sustento a todo el andamiaje procesal ordinario, está intrínsecamente complementado en el citado capítulo procesal de la ley fundamental, por la definición explícita del debido proceso, como garantía de la seguridad jurídica de las personas, que se formula en el Artículo 94, con la interesante y novedosa acotación de que su alcance aplica no solo el ámbito judicial, sino también el tratamiento de las controversias en sede administrativa.

En ese orden, una de las instituciones de mayor impacto para el ámbito jurisdiccional nacional, entre las garantías previstas en el capítulo procesal de la nueva Constitución, es la contenida en el Artículo 99, que consagra el derecho de todas las personas a acudir a los tribunales a solicitar amparo judicial, ante violaciones de determinados derechos esenciales establecidos en la propia Carta Magna, por parte de órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción

u omisión, indebida, de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales.

Ante tales violaciones, siempre que, como consecuencia, sufrieran daños o perjuicios, las personas podrán reclamar la correspondiente reparación e indemnización, mediante un procedimiento preferente, expedito y concentrado, cuyos trámites y demás requerimientos quedarán definidos en una ley complementaria.

Con semejante pronunciamiento, se restituye a nuestro ordenamiento jurídico, y a los tribunales cubanos, tras décadas de ausencia, la jurisdicción constitucional, en conflictos relativos a la tutela judicial, al ejercicio de derechos proclamados por la ley fundamental.

Esta garantía se erige como herramienta protectora de primer orden en manos de los ciudadanos, para la defensa ante violaciones de sus derechos fundamentales y, a la vez, uno de los soportes esenciales en que se fundamenta la formulación definitoria que, con toda propiedad, como blasón incuestionable, contiene el Artículo 1 de la Carta Magna, cuyo texto postula que

Cuba es un Estado socialista de Derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva.

Las garantías contenidas en el citado capítulo VI constituyen el punto de partida y la hoja de ruta para el legislador ordinario, en la elaboración de las nuevas leyes procesales que necesariamente hay que promulgar en el país, para atemperar la base dispositiva que enmarca la actividad judicial y prejudicial a los nuevos derroteros fijados por la robusta y avanzada Constitución con que hoy contamos.

La disposición transitoria décima de esta Carta Magna encomienda al Tribunal Supremo Popular (TSP) la honrosa y trascendente misión de coordinar la elaboración y presentar, en un plazo de 18 meses, a la Asamblea Nacional del Poder Popular, los proyectos de ley de procedimientos y de la nueva ley orgánica de los tribunales de justicia, tarea a la que ya nos entregamos con denuedo y que compartimos gustosamente con destacados académicos y representantes de otros órganos, organismos y organizaciones vinculados con la actividad judicial y jurídica del país.

En realidad, para los magistrados del TSP, el camino de perfeccionamiento de la práctica procesal judicial no comienza ahora, aunque este sea, por supuesto, su momento cumbre.

En el transcurso de los últimos años, aprovechando las facultades que le confiere el anterior texto constitucional —y que se mantienen en el vigente—,

relativos a la iniciativa legislativa y a potestades reguladoras vinculantes en temas relacionados con la actividad judicial, nuestro máximo órgano jurisdiccional promovió importantes modificaciones legales y emitió dictámenes e instrucciones al Sistema de Tribunales (STP), que introdujeron innovaciones y avances en los procedimientos de todas las materias, haciéndolos más ágiles, inclusivos, transparentes y garantistas.

Este papel, activo y protagónico, del TSP en la evolución progresiva del Derecho procesal en el país, durante los últimos años, ha sido reiteradamente reconocido por académicos y profesionales del Derecho, y por la población, que percibe los beneficios de una actuación judicial cada vez más cercana y abierta.

Creo oportuno decir que esa percepción no obedece únicamente al avance cualitativo en las normas y disposiciones que regulan el curso de los procesos. Tiene, también, mucho que ver con la actitud proactiva, atenta y responsable que prevalece en los jueces y magistrados, cuyo modo de pensar y de actuar incorpora decididamente el espíritu y la filosofía que sustentan dichas reglas.

Sin jueces subjetivamente dispuestos y comprometidos con los principios y valores que informan las normas y disposiciones del Derecho procesal, por muy avanzadas que estas sean, no pasarían de ser mera apariencia y envoltura formal, que no alcanza a materializarse en su contenido.

En nuestro humilde punto de vista, precisamente en esa aseveración está uno de los principales retos de la función jurisdiccional en el presente siglo, tema central escogido para los debates de este Congreso.

Los jueces son personas que sienten, piensan y tienen opiniones como el resto de los seres humanos. También, igual que todos, asumen como propios un conjunto de valores (o antivalores) en torno a los cuales, al momento de tramitar o enjuiciar cualquier asunto, junto a la perspectiva jurídica, incorporan las apreciaciones subjetivas que albergan en su fuero interno. Pretender que pueden desprenderse de ellos cuando juzgan es fantasear en torno a su naturaleza humana.

Es necesario, sí, contar con normas claras y precisas que perfilen los procedimientos y garantías; pero también es imprescindible contar con jueces verdaderamente imparciales y libres de influencias ajenas al proceso, propensos en sí mismos a ofrecer a los justiciables la tutela jurídica justa, concreta y suficiente que en Derecho corresponda.

Lamentablemente, esta necesidad, que parece tan obvia y elemental, muestra fisuras en la realidad de no pocos lugares del mundo.

La persistencia de resultados disfuncionales en el desempeño de los órganos judiciales que se observa en no pocos sitios del planeta —como la excesiva demora en el juzgamiento de los casos, el exagerado formalismo en trámites y actos procesales, la adopción de decisiones absurdas e infundadas y el deliberado distanciamiento con que actúan los jueces, respecto a los destinatarios de sus juzgamientos— constituyen patologías endémicas de

un prototipo arcaico de justicia y de jueces, que nada tienen que ver con la concepción verdaderamente democrática de la justicia.

Particularmente deprimentes y repulsivos en ese orden son los casos de la abierta judicialización de la política que proliferan en los escenarios de diferentes países.

En ese sentido, nuestro criterio es que la legitimización del juez no debe estar únicamente basada en el procedimiento a través del cual es electo o nombrado, sino, además, en los límites en los que se debe enmarcar el ejercicio judicial.

El carácter democrático del Estado implica que ninguna función pública se ejerza sin control y que, por consiguiente, no existan funcionarios sin responsabilidad efectiva, incluyendo, por supuesto, a los miembros de la judicatura.

En el caso de los jueces, la imprescindible libertad de que deben disponer, para impartir justicia sin interferencias ajenas, tiene, como contrapartida incuestionable, el deber de hacerlo con total apego a los procedimientos legales, respeto a las garantías del debido proceso, y dando cumplimiento a los requerimientos y estándares que supone una actuación judicial de calidad.

La exigencia de esa responsabilidad no puede ni debe quedar a expensas de la espontaneidad individual de los juzgadores, ni indefinida en el tiempo o sujeta solo a la posible impugnación del fallo, sino que requiere de la implementación de acciones permanentes de control social e institucional, que prevengan a los jueces de un desempeño errático en el ejercicio de su profesión, y de caer, por ende, en las antípodas de lo justo, lo ético y lo legal, con sus nefastas consecuencias para los justiciables.

¿Podrán los sistemas judiciales librarse de estas perniciosas patologías y atavismos en el presente siglo? De ello dependerá, sin duda, la salud del Derecho procesal y la justicia en su expresión concreta en esta centuria. La Organización de Naciones Unidas (ONU), hace algunos años, se ha pronunciado enfáticamente respecto a esta necesidad.

En 2015, durante el XIII Congreso de la ONU para la prevención del delito y la justicia penal, los Estados miembros, mediante la llamada Declaración de Doha, reafirmaron su compromiso «de hacer todos los esfuerzos para prevenir y atacar la corrupción y para implementar las medidas encaminadas a mejorar la transparencia en la administración pública y promover la integridad y la rendición de cuenta de sus sistemas de justicia».

Es obvio que donde no exista una clara voluntad política de fomentar el bienestar general de la población, y una verdadera vocación por la justicia y la armonía social, tampoco estará entre las prioridades o preocupaciones de los gobernantes la mejoría cualitativa del desempeño de la justicia. Habrá, sí, muchos discursos apologéticos, mucha retórica altisonante y muchos afeites mediáticos en torno a la independencia y la imparcialidad de los jueces; pero, en la realidad, seguirán predominando la interminable demora de los procesos, el irrespeto a garantías de los justiciables, los fallos sesgados e

infundados, los montones de presos sin condena, y la desidia imperturbable de los juzgadores, entre otros males que frecuentemente pululan en los escenarios jurisdiccionales.

Se impone, pues, un necesario replanteo conceptual del ejercicio de la función judicial con enfoque de servicio público. La clave está, a juicio nuestro, en asumir que el desempeño efectivo del denominado «poder judicial» entraña, sobre todo, la necesidad de ejercerlo como «deber judicial», a partir de la responsabilidad y las obligaciones que los jueces contraen con la sociedad.

Lograrlo será, a nuestro modo de ver, el principal reto de la función jurisdiccional en el presente siglo.

Muchas gracias.

La Habana, 23 de abril de 2019

LA DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL Y SUS ELEMENTOS CONFIGURADORES

Dra. Maricela Sosa Ravelo, vicepresidenta, TSP

Resumen: El origen de los recursos no estuvo asociado a una garantía de seguridad individual, sino como un mecanismo de control para el superior jerárquico, y el doble conforme se reconoce como garantía del condenado después de la Segunda Guerra Mundial y su proyección en los instrumentos internacionales de derechos humanos que fueron precisados. Cuando se habla de doble conforme, no basta con la existencia de un tribunal distinto al que ejerció en primera instancia la doble jurisdicción, sino que su propia naturaleza exige tener en cuenta otros aspectos que condicionen su eficacia: cómo acceder a la doble conformidad, y hasta dónde debe llegar el alcance del conocimiento y de la decisión. Sobre estos elementos configuradores versa este artículo, por ser imprescindibles para que se cumpla la garantía del doble conforme, que procura que el condenado se beneficie de un procedimiento judicial que haya agotado todas las posibilidades legales para demostrar que, en efecto, es responsable.

Abstract: The origin of the resources was not associated with a guarantee of individual security, but as a control mechanism for the hierarchical superior, and double as recognized as a guarantee of the condemned after the Second World War and its projection in the international instruments of human rights that were specified. When talking about double conformity, it is not enough to have a different court than the one that first exercised double jurisdiction, but that its own nature requires taking into account other aspects that determine its effectiveness: how to access double conformity, and how far the scope of knowledge and decision must go. This article is based on these configuration elements, as it is essential for the double compliance guarantee to be fulfilled, which ensures that the convicted person benefits from a judicial proceeding that has exhausted all legal possibilities to demonstrate that, in effect, it's responsible.

Palabras clave: acceso al recurso, recurribilidad objetiva y subjetiva, motivación de las resoluciones, cuestiones de hechos, control de la prueba.

Keywords: Access to the resource, objective and subjective recourse, motivation of the resolutions, questions of fact, control of the evidence.

Sumario: Acceso a la doble conformidad. Conflicto entre doble conforme e impugnabilidad de las resoluciones. Alcance del conocimiento. Examen de la cuestión de hecho y de la prueba. Alcance de la decisión. Conclusiones. Bibliografía.

EL PRIMER ELEMENTO configurador del doble conforme es el acceso que deben tener los acusados, o las partes, a los tribunales de justicia, para reclamar el reconocimiento de un derecho, demostrar el fundamento de la inconformidad, argumentar las razones de la reclamación y la falta total o parcial en la sentencia que le provocó un gravamen; por eso, los recursos tienen que ser accesibles.¹

En este orden, el contenido primario del derecho al recurso es el acceso a él, y la facilidad de acudir a otro órgano jurisdiccional para que la sentencia sea revisada se manifiesta dentro de la regulación del sistema recursivo.

Así, para considerar que existe acceso al doble conforme, es necesario, por una parte, que la ley otorgue a todo acusado la posibilidad del recurso, con independencia del delito cometido, la sanción impuesta, su posición, función o cargo, o tribunal que lo haya juzgado y sancionado.²

En segundo lugar, se requiere del alcance del conocimiento, integrado por los aspectos que se pueden revisar mediante el recurso, que comprenda el control sobre los hechos y el derecho de la forma más amplia posible; y en tercero, el alcance de la decisión, relacionada con la motivación de las resoluciones, por el tribunal de instancia y el que resolverá el recurso.

ACCESO A LA DOBLE CONFORMIDAD

El acceso al recurso y la posibilidad de acudir ante otros jueces para denunciar los agravios que contiene una sentencia definitiva es esencial al derecho de defensa, y debe apuntar hacia la eliminación de formalismos innecesarios.³

En la estructuración legal de los recursos es usual que se impongan condiciones para su interposición y, en principio, estas por sí solas no son una limitación al acceso; por lo tanto, es posible que la ley prevea restricciones y formas de hacerlos valer por los intervinientes, pero deben poseer un sentido o función que se justifique en el contexto procesal, y no obstaculicen principios fundamentales del proceso ni la oportunidad recursiva.⁴

¹ Maier: «El recurso como garantía», en *Justicia y Derecho*, año 1, no. 1, p. 50.

² En este sentido, Zaffaroni (*El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, p. 24) señala que la magnitud de una lesión de derechos no la proporciona la cuantía de la pena impuesta, y que las infracciones menores deben tratarse con igual cuidado que las garantías más graves; simplificar el proceso no debe significar reducción de garantías y, menos aun, de instancias, sino todo lo contrario.

³ Pastor: *La nueva imagen de la casación penal*, p. 105, quien comenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró que un aspecto esencial es el derecho del condenado, que el tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia que imponga un gravamen o afecte derechos fundamentales, como la libertad personal, y que el debido proceso carecería de eficaz protección jurídica sin el derecho a la defensa en juicio y de recurrir ante una instancia superior.

⁴ Cfr. Roxin: *Derecho procesal penal*, pp. 454-455; Barrientos Pardo: «Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio», en *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 9, pp. 175-207.

La cuestión del régimen de requisitos del recurso y su control judicial implica revisar la materia de la recurribilidad objetiva y subjetiva. La primera radica en el conjunto de requisitos genéricos establecidos para su admisibilidad, a partir de las resoluciones que pueden ser recurridas. La segunda concierne a los sujetos procesales que, en general, disponen la necesidad de que exista un interés en la impugnación, específicamente la naturaleza o contenido de las resoluciones impugnables por cada sujeto en particular.

Tanto unas como otras forman parte del acceso al doble conforme y determinan, en términos absolutos, la entrada al recurso, de modo que, si una resolución no es recurrible, no queda sometida al doble conforme. Algo análogo acontece con la recurribilidad subjetiva: si un acusado no está legitimado para recurrir, tiene limitado su acceso a la garantía en estudio.

El círculo legal que garantiza el acceso al doble conforme se cierra con la taxatividad de los motivos de inadmisión, pues esta no se puede declarar sino por las causales expresamente previstas y, en el caso del tribunal de instancia, solo debe estar reservada para cuando el recurso se interpuso vencido el término,⁵ o contra resoluciones que no están previstas en el recurso invocado; la valoración del resto de los aspectos corresponde al órgano superior; de esta forma, se afianza la seguridad jurídica, pues el acusado no tiene que desconfiar sobre la justeza de la inadmisibilidad de su recurso. Otra opción es proveerlo de un recurso contra la resolución de inadmisión y que sea resuelta por quien debe conocerlo.

El acceso al recurso exige que la legislación potencie su uso expedito, y rechace una configuración formalista que restrinja su empleo por resultar difícil interponerlo.⁶

En los códigos procesales de Nicaragua, Costa Rica, El Salvador y Argentina⁷ se establece expresamente la obligación de los tribunales de conceder un plazo a las partes para la subsanación de errores formales, antes de rechazar el recurso. Además, en el primero, se instituye, como aspecto importante, que la cita inadecuada del precepto autorizante no es razón para no admitirlo, si del contenido se puede inferir a qué disposiciones legales se refiere; en este último aspecto, coincide con lo expresado en las leyes adjetivas cubanas (artículos 73 y 382 de la Ley No. 5, de procedimiento penal, y la Ley No. 6, procesal penal militar, respectivamente.

⁵ La Ley No. 6, «Ley procesal penal militar (LPPM)» de Cuba autoriza su admisión fuera de término, por motivos justificados (artículos 59 y 383).

⁶ En el apartado 164 de la sentencia de la CIDH, de 2 de julio de 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, se fija: «La posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho».

⁷ Código procesal penal (CPP) de Nicaragua (Artículo 392), Costa Rica (462), El Salvador (453), Argentina (313). Las legislaciones procesales de Ecuador, Venezuela, Chile, Uruguay, Bolivia y Paraguay no tienen pronunciamiento expreso sobre este particular; tampoco la Ley de procedimiento penal cubana (LPP) y la LPPM.

En España y Perú,⁸ la inadmisibilidad no está sujeta solo a defectos de índole formal, sino también a cuestiones de fondo, cuando carezca manifiestamente de fundamento o se hubiesen desestimado otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecido, con lo que no coincide la autora, porque la ausencia de razón en lo pretendido lleva a que el recurso se declare *sin lugar*, pero no inadmisible.⁹

CONFLICTO ENTRE DOBLE CONFORME E IMPUGNABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES

Las transformaciones acaecidas en el ámbito económico-social desde las últimas décadas del pasado siglo, que en el orden jurídico generó un movimiento tendente a la protección del individuo frente al poder estatal, en el ámbito del proceso penal se manifiesta, entre otros aspectos, en el cuestionamiento de la bilateralidad recursiva.

La impugnabilidad se manifiesta en dos dimensiones: una, objetiva, según la cual el recurso se concede solo cuando la ley expresamente lo establece, con lo que se consagra el principio de taxatividad; y otra, subjetiva, relativa a los sujetos procesales legitimados para recurrir.

En la impugnabilidad objetiva es imprescindible que la norma determine las resoluciones impugnables y sus contenidos susceptibles de impugnación: Si la doble conformidad judicial procura el examen amplio de la resolución, no se justifican los recursos que solo contemplan el control de la sanción principal y las cuestiones de Derecho, soslayando contenidos y decisiones relacionadas con los beneficios alternativos a la pena, sanciones accesorias y responsabilidad civil.

El segundo problema radica en las limitaciones que las prohibiciones normativas imponen a la procedencia del recurso contra sentencias dictadas en instancia única por un juez o una sala del máximo órgano de justicia del país, que pasan automáticamente a la autoridad de cosa juzgada; y otros supuestos en que los legisladores han entendido que no se justifica el derecho al recurso, como los casos de escasa cuantía de la sanción pecuniaria o días de reclusión, y la sentencia dictada en un nuevo juicio, tras la anulación de una primera sentencia, salvo que la segunda sea de condena y la primera (anulada) hubiese sido absolutoria.

La autora disiente de estas prohibiciones, por una parte, porque la cualidad del órgano que juzga en la instancia no resulta suficiente para que esta sea única; ni la cuantía o naturaleza de la pena significa que priven o restrinjan derechos inherentes a las personas, diferenciando a unos indi-

⁸ Vid. Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim.), Artículo 885; y CPP de Perú, Artículo 428, en *Boletín Oficial del Estado*, no. 239.

⁹ Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, t. 1, p. 342.

viduos de otros, con quebranto para el principio de igualdad ante la ley; y, por otra, porque no se tiene en cuenta que la segunda sentencia puede ser nuevamente condenatoria, y se les niega la posibilidad de recurrir.

Cuando se articulan procedimientos especiales contra altos funcionarios, diputados, jueces y fiscales de los máximos órganos de justicia, no hay uniformidad en las legislaciones estudiadas. En las de Chile, Honduras, Perú, Costa Rica y República Dominicana,¹⁰ se les permite acudir, en apelación o casación, ante las cortes de apelaciones, la Corte Suprema o ante la Sala Plena o el Pleno de la Corte Suprema. En otras, solo se puede interponer la reposición o súplica, que es muy limitada, cuyo alcance no es la revisión de la decisión, y lo resuelve el propio tribunal que dictó la resolución.¹¹

La autora no está de acuerdo con que se le niegue el doble conforme a estos acusados, porque el máximo órgano de justicia también puede cometer errores cuando actúa como instancia; de ahí que el derecho al recurso no debe tener excepciones, y el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia esté a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación correspondiera al Pleno, con exclusión de quienes ya se pronunciaron.¹²

Esta solución es plausible para aquellos sistemas judiciales que tienen Sala Plena en su organización y, para los que no la tienen, se deben procurar fórmulas, como prever en la ley convocarla, o la composición y formación de una sala de justicia para conocer del recurso en estos casos.

En respeto a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, reconocida en las constituciones e instrumentos jurídicos internacionales, resulta inadmisibles que la norma procesal cree diferencias de tratamiento entre seres humanos y, por ello, debe proscribirse todo trato discriminatorio de origen legal.

En la impugnabilidad subjetiva, el conflicto se presenta, por una parte, en torno a las divergencias entre el acusado y su defensor; y, por otra, respecto a si el recurso constituye un derecho privativo del enjuiciado.

¹⁰ Cfr. CPP de Chile (artículos 419 y ss.), Honduras (417), Perú (450.7), Costa Rica (399) y República Dominicana (347 y ss.). El protocolo 7, apartado 2 de la CEDH, recoge como una de las excepciones al doble conforme cuando las sentencias se dictan por el máximo tribunal de un país, lo que no comparte la autora por las razones expuestas. Casanova y La Rosa: *Casos y textos de Derecho internacional público*, 4.^a ed.

¹¹ Vid. CPP de Nicaragua (artículos 336.5 y 373), El Salvador (51), LPP de Cuba (391).

¹² La CIDH, en el párrafo 90 del caso Barreto Leiva vs. Venezuela, planteó: si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de un recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir.

Ferretti¹³ se cuestiona si tal legitimación reconocida *in genere* —y tal vez sin mucha conciencia de lo que significaba— cobra vigor, o no, en la regulación del recurso de nulidad y de los demás, o si ella guarda correspondencia con el resto de la regulación y con los requisitos de interposición, o si se dispone de mecanismos efectivos para asegurar la adecuada expresión de la voluntad impugnativa del imputado, o no, sobre todo cuando esta no es compartida por el defensor, o cuando ambas se expresan simultáneamente y por separado, y difieren en contenido.

Siguiendo a Fernández,¹⁴ la actuación del defensor, en virtud de defensa técnica, no puede entrar en pugna con la voluntad del defendido, pues el letrado que asuma su defensa es su voz y su razonamiento jurídico y está llamado a colaborar con el ejercicio de ese indisoluble derecho, razón que explica que el abogado posea total autonomía frente al juez y limitada con respecto a su representado.

Cuando la norma exige que el recurso sea interpuesto por abogado y el reo no cuenta con los medios monetarios para designarlo, se convierte en una limitación de la garantía del doble conforme.

En este sentido, la autora considera que la legislación interna debe dar solución a estos conflictos, con predominio de los intereses del acusado, para evitar que sea vulnerada la garantía en estudio.

Otro de los aspectos controvertidos sobre la legitimidad subjetiva se relaciona con la bilateralidad recursiva en cuanto a si el fiscal y el querellante detentan el derecho a recurrir, o no.

Así, en los códigos procesales penales del sistema europeo-continental, se concibe el recurso contra la sentencia definitiva de modo bilateral,¹⁵ pues están legitimados para recurrir todos a los que la resolución alcanza, bajo la condición de que provoque un agravio a sus intereses expresados en el procedimiento o, al menos, sobre una parte de lo que pretendían.

Existen opiniones favorables que defienden el derecho que tienen todas las partes a recurrir el fallo absolutorio, y sostienen que tanto se perjudica a la justicia, con una sentencia sancionadora arbitraria, como si se absuelve o sobresee de manera injustificada.¹⁶

¹³ Vid. «Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal», en *Estudios Constitucionales*, año 10, no. 1, p. 265.

¹⁴ Vid. «El principio de contradicción del proceso penal», p. 70. En la doctrina española, se sostiene que la defensa técnica es un complemento de la autodefensa, porque el derecho de defensa es exclusivo del acusado. Cfr. Gimeno Sendra: *Derecho procesal*, t. 2, 3.ª ed., p. 167.

¹⁵ Esta concepción se observa en la LECrim (Artículo 854) y en los CPP de Costa Rica (472 y 473), Argentina (297, 307 y 308), Chile (352), Guatemala (416), Nicaragua (17), Perú (404) y Alemania (296); los códigos orgánicos penales de Ecuador (6, 654 y 657.4) y de Venezuela (44 y 433); CP de El Salvador (12 y 460); y LPP (66, 82, 83 y 380) y LPPM (380 y 381), ambas de Cuba.

¹⁶ Significa que solo se pueden recurrir sentencias que sean desfavorables a las partes. Roxin (*Op. cit.*, p. 448) plantea que la existencia de gravamen es presupuesto general material para la interposición de recursos. En igual sentido, Bernal Cuéllar y Monte Alegre: *El proceso penal*, p. 315, y Jiménez Asenjo: *Derecho procesal penal*, vol. I y II, pp. 349-351.

En sentido contrario, Díaz¹⁷ asevera que no es claro que la Convención americana sobre derechos humanos (CADH) reserve el derecho de recurrir solo al imputado, y si bien es cierto que, en el Derecho anglosajón, no se prevé para el ministerio público, ello es consecuencia del juzgamiento por medio de jurado. Por su parte, García,¹⁸ con una postura mixta, se pronuncia a favor de que el querellante tenga derecho a recurrir la sentencia, no así el fiscal.

Por otra parte, se oponen a establecer privilegios procesales a favor de una de las partes en perjuicio de otras, a través del despojo de una oportunidad procesal o de limitar las posibilidades de aprovecharlas, señalando que el ministerio público concurre al proceso como parte formal, en una estructura procesal triádica, en el cual se le deben asegurar oportunidades y medios equivalentes, lo que se presenta, además, como una característica derivada de la simétrica morfología del proceso penal.

Entre los fundamentos que aduce la tendencia partidaria de la legitimación del ministerio público y de los querellantes en los mismos términos que para el acusado, con lo que coincide la autora, se sirve, en primer lugar, de una razón que, en las leyes vigentes, no se distingue ni se imponen límites de recurribilidad subjetiva, que integra el sistema acusatorio donde se reconoce la igualdad procesal de las partes.¹⁹

Llobet²⁰ refiere que debe reconocerse como problemático el recurso de casación de fondo por el ministerio público, en contra de una sentencia absoluta, ya que si el tribunal de casación entra directamente a resolver la cuestión de fondo y condena al acusado, este no cuenta con posibilidad de otra vía de impugnación ordinaria. A su criterio, lo correcto sería que, en estos supuestos, el tribunal que conoce el recurso no dictara sentencia condenatoria, sino que anulara y ordenara el envío, para que tuviera nuevo derecho al recurso contra lo resuelto por los jueces de instancia en la nueva sentencia.

Asimismo, se ha discutido sobre la constitucionalidad de la limitación al fiscal, el querellante y actor civil, y el criterio es que la Convención, si bien se refiere al inculpado, no excluye que, en el Derecho interno, pueda prevalecer el derecho a recurrir del ministerio público y el querellante.

Sagüés aborda el análisis desde un punto de vista rigurosamente gramatical, sin desmedro de la función *dikelógica* de la norma:

¹⁷ Cfr. Díaz Cantón: *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, pp. 159-176.

¹⁸ García: «El derecho a recurrir contra sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH habla según su alcance, pero se queda a mitad del camino», en *Revista de Derecho procesal penal*, no. 9, pp. 605-613.

¹⁹ Pereira Anabalón: «Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal», en *Gaceta Jurídica*, no. 233, pp. 41-46; Tavolari Oliveros: «¿Tiene el ministerio público derecho a un debido proceso?», en *Instituciones del nuevo proceso penal*, pp. 260-269; y Cortez Matcovich: *El recurso de nulidad*, pp. 66-78.

²⁰ Llobet Rodríguez: *Código procesal penal comentado de Costa Rica*, p. 662.

podría conjeturarse también que tutela a cualquiera de las otras partes (fiscal, querellante si lo hubiera), puesto que a diferencia de los otros acápites del artículo 8, inc. 2, del Pacto de San José de Costa Rica, que refieren siempre al inculpado o a la defensa, el h) menciona el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sin mencionar explícitamente al acusado.²¹

Dicho autor lo interpreta en términos más amplios: doble instancia para todos los justiciables, tanto a favor del imputado como de las partes acusadoras: pública (fiscal) y particular (querellante), es decir, con aseguramiento del principio de bilateralidad y con mejores posibilidades para la realización de un juicio justo.²²

La autora considera que, si bien las convenciones establecen esta garantía para el acusado, y que los Estados que las han suscrito y ratificado deben velar porque, para él, sus legislaciones prevean su cumplimiento a través de los recursos, en modo alguno significa que en la normativa interna no se pueda regular el derecho al recurso del fiscal, el querellante y la víctima.

En el análisis de esta conflictividad se inserta el derecho de defensa, en sus dos dimensiones: en sentido amplio, como un derecho de parte atribuido a acusador y acusado, se vincula con los principios de contradicción e igualdad de armas, para hacer valer sus derechos ante el tribunal, incluyendo la posibilidad de manifestar su desacuerdo con la resolución judicial, con vista a que sea revisada por otro tribunal; y la otra, como derecho fundamental del justiciable.

La víctima y la sociedad tienen derecho a que se imparta justicia contra las personas que violan los bienes jurídicos protegidos en los códigos penales, por consiguiente, cuando se constituyen como parte, se debe procurar su acceso a la justicia, no solo ante el tribunal de primer grado, sino también al superior, como vía de protección de sus derechos. Cuando la legislación no le permite adquirir este estatus de parte, entonces el fiscal, en defensa de los intereses del Estado, de la sociedad y de las personas en particular, debe asumir este rol.²³

El Artículo 25 de la CADH, en cuanto a la protección judicial, instituye el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos

²¹ Sagüés: *La instancia judicial plural penal en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*.

²² Cfr. Cafferata Nores: *Proceso penal y derechos humanos*, p. 17. Rodríguez García: «El debido proceso legal y la Convención americana sobre derechos humanos», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, no. 110, p. 331.

²³ Cfr. Montero Aroca: *El Derecho procesal en el siglo xx*, p. 11; Pedraz Penalva: *Derecho procesal*, t. 1, pp. 224-233; Fernández Romo: «El principio de contradicción del proceso penal», pp. 20-71; Espinach: «Casación, motivación de la sentencia y racionalidad», en *Justicia y Derecho*, año 6, no. 10, p. 41.

fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la convención, aun cuando se cometa por quienes actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. El Artículo 13 del CEDH regula el derecho a un recurso efectivo para toda persona cuyos derechos y libertades acogidos en el convenio se hayan quebrantado. De lo anterior, se colige que el derecho a la tutela judicial efectiva a través de los recursos no es exclusivo para el acusado.

Desde la óptica del principio de igualdad, todos los sujetos procesales deben tener las mismas posibilidades de recurrir, pues, una vez creado el recurso en el ordenamiento jurídico, tal garantía procesal ha de estar a disposición de todos. Asimismo, el Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, en su Artículo 81.1 c), reconoce, de manera expresa, el recurso contra la sentencia absolutoria.

En atención a todo lo expuesto, se concluye que no es proporcional ni razonable, a la luz del principio de igualdad y del derecho de defensa, privar al fiscal, al querellante y las víctimas constituidas en partes en el proceso de la posibilidad de interponer recursos contra las sentencias o resoluciones que les sean desfavorables.

Los que niegan la legitimación activa al ministerio público, para recurrir por infracción de garantías procesales, lo fundamentan en la naturaleza y el origen político de los recursos; enfatizan que surgieron para la tutela de los particulares frente al poder estatal y que son una limitación al *ius puniendi* del Estado.²⁴

Consideran que sería inadecuado que el fiscal pueda esgrimir la infracción de una garantía de la que él no puede ser titular, y permitirle al Estado —por intermedio de aquel— beneficiarse o aprovecharse de una infracción que él mismo ha producido como representante de la potestad punitiva estatal.

Los de esta línea de pensamiento razonan que el recurso contra sentencia debe perder su carácter bilateral, facultad de todos los participantes, para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad, como condición de la ejecución de la pena estatal. Además, reclaman que no es posible que el ministerio fiscal ni tampoco el querellante pueda recurrir en casación la sentencia absolutoria, por entender que su anulación quebranta el principio de *non bis in ídem*.

La CADH y el PIDCP, cuando se refieren a «sentencia firme», aluden al acto jurisdiccional que ha adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada, que no es susceptible de ninguna vía de impugnación; por consiguiente, cuando se establece recurso contra una sentencia absolutoria, no se vulnera el principio *non bis in ídem*, pues no se ha constituido en cosa juzgada; ni se quebranta el principio de *no reformatio in peius*, pues signifi-

²⁴ Entre sus exponentes están: Maier: «La impugnación del acusador: ¿Un caso de *ne bis in ídem*?», pp. 1-2; y Duce Julio y Riego Martínez: *Proceso penal*, p. 523. En Estados Unidos e Inglaterra, contra la sentencia absolutoria, no procede recurso. *Vid.* Furgairiño Bringos: «Algunas notas sobre el Jurado», en *Actualidad penal*, no. 3, p. 32.

ca que el imputado no puede ser perjudicado a consecuencia de su propio recurso, supuesto en el que tampoco se está.

En Cuba, el fiscal está convocado a defender los intereses públicos, sociales y de las víctimas, por lo que, de limitarse este derecho, se estaría afectando el principio de igualdad de todos los ciudadanos que puedan ver afectados sus intereses y el órgano encargado de representarlos no pueda ejercer en toda su amplitud los mecanismos legales para su restitución; similar acontece con los querellantes.

Siguiendo el análisis de los elementos que configuran el doble conforme, es necesario profundizar en el alcance que debe tener el conocimiento del tribunal *ad quem* sobre la sentencia de instancia, para entenderlo cumplido.

ALCANCE DEL CONOCIMIENTO

La garantía en estudio exige que, contra toda sentencia definitiva, la legislación permita un control extenso, no solo sobre las cuestiones de Derecho, sino también acerca de los hechos fijados en una resolución.

Para Bidart,²⁵ la doble instancia prescrita por los pactos requiere un recurso que permita resolver todas las cuestiones de Derecho y de hecho atendidas en la sentencia que se recurre y, en este sentido, afirma «que la norma del Pacto que habilita el recurso enfoca una vía de apelación amplia, sobre los hechos y el Derecho, en la que quepa renovar el tratamiento integral de la decisión inferior impugnada recursivamente». Con similar enfoque, Palacio²⁶ asevera que «a fin de preservar la garantía de la doble instancia, el alcance del recurso de casación deberá ser interpretado, por la Cámara competente, con criterio suficientemente flexible».

El examen de la sentencia condenatoria debe conducir a la ampliación de los márgenes del recurso de casación, la extensión del examen de las decisiones recurridas y la eliminación de los rigurosos presupuestos formales que inciden en la admisibilidad. Como dice Pastor,²⁷ «toda injusticia puede ser vista ya como una inobservancia de la ley, se debe dejar de lado toda limitación del ámbito de lo revisable, en virtud del reconocimiento del derecho fundamental del condenado a la reprobación amplia de su sentencia».

Según se vio en el acápite anterior, algunas legislaciones han incorporado un mayor alcance al ámbito revisor de la casación; sin embargo, cuando esta actúa como único recurso contra la sentencia de instancia, aún es insuficiente porque no abarca el control de los hechos. Cuando el enjuiciamiento penal

²⁵ Bidart Campos: «La doble instancia en el proceso penal (la Convención sobre derechos humanos de San José de Costa Rica)», en *El Derecho*, vol. 118, no. 7, p. 882.

²⁶ Palacio: *Las limitaciones legales del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el «Pacto de San José de Costa Rica» a la persona inculpada de delito*, p. 466.

²⁷ Pastor: *Op. cit.*, p. 85.

se asiente en una doble instancia, y la sentencia sea revisada a través de recursos ordinarios, puede mantener el de casación sus restricciones.

Cafferata²⁸ plantea que

aunque casi nadie se atreve a sostener abiertamente que las sentencias condenatorias dictadas por tribunales de juicio oral puedan ser apeladas o que mediante el recurso de casación se pueda revalorar libremente la prueba sobre los hechos [...], permitiendo así al tribunal de alzada concluir de modo contrario sobre la culpabilidad del acusado, y consecuentemente absolverlo directamente por insuficiencia probatoria, porque el recurso de casación tradicional, ese que ha sido reiteradamente adjetivado como «de estricto rigor formal» y que respeta a rajatabla la «soberanía» del tribunal sentenciador en orden a las cuestiones fácticas resueltas «intangiblemente» por la sentencia de condena, no satisface el derecho al recurso.

La garantía del doble conforme exige que las partes puedan denunciar las faltas cometidas por el tribunal de primera instancia, incluyendo los hechos; por consiguiente, es necesario profundizar en los criterios que se sostienen acerca de la posibilidad de revisar los hechos y la prueba.

EXAMEN DE LA CUESTIÓN DE HECHO Y DE LA PRUEBA

Desde la concepción tradicional, la casación ha sido un recurso limitado, porque el tribunal superior solo puede verificar si, por el de instancia, se ha cometido una lesión al Derecho procesal o material, ha estado vedada la renovación de la prueba y la discusión sobre el hecho, conocido como la intangibilidad del hecho probado.

Cuando este recurso está concebido contra las sentencias obtenidas en apelación, caracterizadas por el control extenso de la resolución, en cuanto a todas las cuestiones en las que el acusado consideró que existió un gravamen en su contra, incluyendo la base fáctica, y muestra nuevamente su inconformidad, por la ley concederle esta otra oportunidad, el doble conforme ya fue garantizado en esa segunda instancia.

Sin embargo, la cuestión se torna polémica cuando la casación configurada solo para el control *in iure* es el único recurso instituido contra las sentencias de instancia o cuando el acusado fue absuelto por el tribunal de juicio y sancionado en apelación, en virtud del recurso del fiscal o el querellante, entonces, la sentencia de condena no recibe al menos dos análisis profundos de hecho y de Derecho, como exige la garantía del doble conforme, igual acontece si la apelación concebida no permite entrar al control de los hechos.

²⁸ Caferatta Nores: «*In dubio pro reo*» y recurso de casación contra la sentencia condenatoria. ¿Cambié algo con los artículos 8.2 h de la Convención americana sobre derechos humanos, 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 75 inciso 22 de la Constitución nacional?, pp. 75-76.

La prevalencia del principio de inmediación ha sido el fundamento para limitar el control de los hechos contra las sentencias dictadas por tribunales colegiados en juicio oral. Frente a la prohibición del control de los hechos, se han desarrollado diversas refutaciones teóricas; el análisis se centra en cuatro de ellas, por lo interesante de sus aportes: la teoría de la capacidad del rendimiento, la teleológica, la intermedia o menos radical y la tendencia radical.²⁹

Según la teoría alemana, llamada agotamiento de la capacidad de revisión o capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), la delimitación entre cuestión de Derecho y de hecho es remplazada por la aplicación de un principio de la división de responsabilidades, por el cual el tribunal del recurso es responsable del control de todo aquello para lo que tenga capacidad de revisión por sus propios medios, sin necesidad de reconstruir el juicio de primera instancia, de modo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente a la responsabilidad de mérito.³⁰

Así, resultan irrevisables solo aquellas materias de la decisión que están de hecho fuera de examen de otro cuerpo judicial por la ausencia de la inmediación (ejemplo, no es posible revalorar en casación la declaración de los testigos en juicio), pero es controlable toda la prueba que no depende de la percepción directa de la inmediación y la oralidad.

En lo fundamental, esta teoría deja al tribunal de casación en posición de valorar, de acuerdo con su propio criterio, el tenor de testimonios y documentos que estén reproducidos en la sentencia del tribunal de instancia y, consecuentemente, restringir el margen de arbitrariedad del poder y ampliar el ámbito de las posibilidades de encontrar la solución legal justa para el caso.

Como se aprecia, la capacidad de rendimiento implica un apartamiento del ámbito tradicional de actuación del tribunal de casación, llevándolo a nuevos límites de revisión de las decisiones recurridas. Sin embargo, Pastor³¹ le critica que no es suficiente con aseverar que el fin de la casación penal es la justicia del caso individual y no la unidad del Derecho objetivo y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial, si esa justicia del caso solo va a ser asegurada en la medida en que el tribunal de casación tenga capacidad del rendimiento para garantizarla, sin otro esfuerzo.

La doctrina de los fines teleológicos de la casación sostiene que, en esta, se puede revisar todo aquello que no dependa de una renovación del procedimiento probatorio, pero no deslinda completamente el ámbito de lo

²⁹ Navarro Muñoz: «El control de la valoración de la prueba en la casación penal cubana. Necesidad de una reforma», p. 33.

³⁰ Sarstedt y Hamm: «Die Revision in Strafsachen», en *Walter de Gruyter*, no. 73, pp. 126 y ss. Fezer: *Strafverteidigervereinigungen* (comp. 18. *Strafverteidigertag*), pp. 87 y ss., *apud* Pastor: *Op. cit.*, pp. 73-78.

³¹ Pastor: *Op. cit.*, p. 80.

revisable de lo que no lo es, pues no deja de censurar las posibilidades de revisión cuando el examen exija renovación probatoria.

De este modo, un documento agregado en las actas puede volver a ser valorado por el tribunal de casación, pues, frente a él, se halla en la misma posición que el de instancia, pero si un testigo, cuya confiabilidad ha sido puesta en duda por el condenado, fue valorado de forma decisiva en la sentencia, no podría volver a ser escuchado en casación. También la critica Pastor,³² aduciendo que la distinción teleológica es caprichosa y que, lejos de estar fundada en razones de dogmática, parece estar apoyada en razones de comodidad de los jueces.

Por otro lado, la tendencia intermedia o menos radical acepta la revisión de la exteriorización formal de la convicción del tribunal *ad quo* por el *ad quem*, acepta la censura, cuando en la valoración del material probatorio se incurra en manifiesto absurdo o dislate jurídico.³³ Esta es la doctrina del absurdo creada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y que, luego, fuese adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina.

Un análisis interesante lo hace Bacigalupo,³⁴ partidario de la tendencia intermedia en España: apoya el control fáctico, para lo que distingue dos niveles en la valoración de la prueba, un primer nivel, atribuible solo a los jueces de juicio, consistente en la función de fijar el hecho sobre la base de la percepción de la práctica de la prueba en el juicio oral; y el segundo es lo que se denomina estructura racional de la prueba o de la formación de la convicción, mediante la observancia de las leyes de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.³⁵

Como se observa, se trata otra vez de la distinción entre la fijación de los hechos probados y la motivación de las conclusiones que se extraen acerca del valor de la prueba percibida, y esta última sería revisable en casación porque la estructura racional de la prueba no está sujeta al principio de inmediación y constituye garantía frente al posible ejercicio arbitrario del poder judicial; el juez es libre para valorarla, pero debe cumplir con reglas de la lógica, la experiencia, la ciencia y está obligado a llevar ese razonamiento a la resolución.

Gómez y Herce³⁶ definen que «libre valoración» no quiere decir que el juzgador pueda seguir su capricho, sus impresiones o sus sospechas, sino que supone una deducción lógica, partiendo de unos datos fijados con certeza, de modo que prueba libre no significa que los criterios de razón

³² *Ibid.*, p. 82.

³³ Cfr. González Novillo y Figueroa: *El recurso de casación en el proceso penal*, p. 17.

³⁴ Bacigalupo: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*. Martínez Arrieta: «Algunos aspectos del recurso de casación: La doble instancia y el control casacional», p. 14.

³⁵ Rosental e Iudin: *Diccionario filosófico*, p. 279, definición de lógica formal. Guétmanova *et al.*: «Lógica en forma simple sobre lo complejo», pp. 168-175, sobre las leyes de la lógica.

³⁶ Gómez Orbaneja y Herce Quemada: *Derecho procesal civil*, t. 1, p. 249.

empleados no pasen a la motivación de la sentencia; o que el juzgador no dé cuenta de ellos.

Ciertamente, no puede negarse la posibilidad de analizar la convicción del tribunal juzgador, a partir de la debida documentación del proceso (registros del juicio oral) y de la motivación de la sentencia. Esta opción facilita, de manera indirecta, el cuestionamiento fáctico porque, si el análisis sobre la prueba es ilógico, irracional y alejado de la experiencia y la ciencia, aconteció una injusticia en la construcción del razonamiento histórico; lo que, además, pone de manifiesto que un yerro procesal redundará en error de hechos, rompiéndose de esta forma con la intangibilidad del hecho probado.

La tendencia radical defiende la viabilidad de controlar la corrección del hecho fijado por el tribunal de instancia, mediante la práctica parcial de la prueba durante la vista del recurso: razona que la inspección de la ilogicidad de la fundamentación de la sentencia es solo un remedio de lo tradicional, en tanto no amplía suficientemente el objeto de revisión de la casación penal, lo que impide eliminar fallas de hecho y, por ello, propone, dentro de ciertos límites, la posibilidad del sancionado de incorporar pruebas en la audiencia del recurso, a fin de demostrar el error fáctico que alega.

Esta tendencia también aboga por la impugnación contra la sentencia condenatoria, como derecho fundamental del imputado con toda la amplitud posible, a fin de garantizar la efectiva defensa y evitar los errores judiciales con categoría de cosa juzgada, sin distinguir error de hecho o de Derecho. La práctica de la prueba en la audiencia del recurso deberá hacerse, según su punto de vista, en condiciones de oralidad e inmediación similares a las del juicio de instancia.³⁷

En la apelación restringida y en la casación, la renovación de la discusión sobre la prueba, en los puntos de la cuestión de hecho que hayan sido impugnados, propicia dictar una sentencia integrada, que es el producto de un juicio bifurcado en dos grados: uno pleno, sobre la acusación, y otro, sobre la recepción de prueba en casación, limitada a aquellas cuestiones históricas y jurídicas que el condenado haya contemplado en su impugnación.

El control de la prueba debe permitirse porque es la vía que tienen los acusados para que sea fiscalizado por el tribunal del recurso el cumplimiento de los principios de presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*.

ALCANCE DE LA DECISIÓN

La calidad de la decisión comprende la motivación de las resoluciones que, en relación con la garantía en estudio, tiene tres momentos importantes: las sentencias dictadas por los tribunales de instancia, las que resuelven el recurso, y las resoluciones que lo declaran inadmisibile.

³⁷ Nieva Fenoll, en *El hecho y el derecho en la casación penal*, p. 37, sostiene que la diferenciación entre cuestiones de hecho y de Derecho no tiene fundamento alguno. De la Rúa: *El recurso de casación en el Derecho positivo argentino*, p. 54; Pastor: *Op. cit.*, pp. 123-138.

Para Arranz,³⁸ «motivar es fundamentar, razonar, criticar, justificar y hasta convencer. Por esto la motivación fáctica implica la exteriorización del análisis crítico de la eficacia o fuerza persuasiva de las pruebas llevado a cabo por el juzgador para alcanzar la convicción».

La argumentación jurídica, en el ámbito judicial, «se ocupa esencialmente de la interpretación y la aplicación del Derecho, y en su desarrollo se vale de las categorías de la ciencia, relativa al contexto de descubrimiento (procedimiento para llegar a las premisas o conclusión: razón explicativa) y de justificación (procedimiento justificativo de esa premisa o justificativa)». Ambas razones se complementan en el fundamento de la decisión judicial, porque si bien el juez debe adoptar una, de entre varias soluciones posibles, no puede hacerlo de manera arbitraria e incontrolada.³⁹

De ahí que la motivación de la sentencia por el tribunal de juicio, y en los casos en que contra la de apelación se puede establecer casación, cumple una función endoprocesal: represente una garantía para el cabal ejercicio del derecho a recurrir, mientras que, desde el control jurisdiccional por vía recursiva, resulta el cauce para comprobar la legalidad, legitimidad y corrección en la actuación del tribunal de instancia. También funciona a modo de autocontrol de los jueces, que podrían detectar decisiones injustificables.⁴⁰

Para ejercer el control de una sentencia por el justiciable, la ciudadanía y el tribunal que conocerá el asunto, en virtud de un recurso, los jueces de instancia deben fundamentar cada una de sus conclusiones, tanto fácticas como jurídicas, y a tales efectos realizar un conjunto de consideraciones de hecho y Derecho que demuestren que respetó el ámbito de la acusación, que las pruebas valoradas y acogidas son el resultado del juicio oral y que obedeció a un proceso lógico y racional que se atempera a la experiencia y el sentido común.

Aunque existen diferentes posiciones acerca de si es posible controlar los hechos en sentencias provenientes del juicio oral, o no, todas coinciden en la posibilidad de revisar la apreciación de la prueba a través de su motivación fáctica, si por el tribunal de instancia se respetaron las reglas que rigen la valoración de la prueba, si son legítimas las inferencias realizadas por el juez para justificar su certeza y si existen elementos probatorios, lo que es controlable en casación, sin violación del principio de inmediación.

En tal sentido, Florián⁴¹ destaca:

Todo control y toda protección (respecto a la libre convicción) se compendian aquí en el deber de motivar las decisiones judiciales, el cual

³⁸ Arranz Castillero: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, p. 37.

³⁹ Carrasco Espinach, en «Un modelo teórico-procesal de motivación de la sentencia penal de primera instancia», pp. 64-65, señala que la teoría de la argumentación estudia los argumentos que se producen en el ámbito jurídico: legislativo, dogmático y judicial, por lo que su análisis integral excede el objeto de la presente investigación. Entre sus máximos exponentes: Alexy, Dworkin y Atienza.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 18

⁴¹ Florián: *Elementos de Derecho procesal penal*, p. 375.

puede ser materia de examen en casación. La apreciación del hecho no puede ser objeto de control o censura; pero esta apreciación no puede ser gratuita, por así decirlo pura y simple, sino que es necesario que la sostenga y la legitime una adecuada demostración, que puede ser materia de censura por los defectos o contradicciones, en cuanto a la lógica probatoria o al Derecho, que en ella se encuentren.

La motivación de la sentencia dictada por el tribunal *ad quem* también es esencial porque tiene la finalidad de convencer al que recurre de la certeza de la decisión del tribunal de instancia, o no, y, además, demostrar que realizó un minucioso examen de la sentencia recurrida y del proceso que le dio origen.

La motivación fáctica favorece evitar la arbitrariedad e irracionalidad en los fallos, tributa a la transparencia y control del proceso penal de cara a la población, posibilita el control por el tribunal del recurso de la estructura racional de la prueba y de la correspondencia entre los hechos declarados probados y el resultado de las pruebas practicadas.

A decir de Arranz,⁴²

[...] —la libertad del órgano jurisdiccional para valorar la prueba, la mínima actividad probatoria de signo incriminatorio suficiente, su producción con las garantías del juicio oral, el acta del debate y la motivación fáctica de la sentencia— propias de la concepción objetiva y garantista, desde la perspectiva gnoseológica, propenden a una más exacta conformación del objeto de conocimiento y, desde la óptica procesal, garantizan una mayor pureza del proceso. Por tal razón, debe quedar abierta la vía de la impugnación a través de los convenientes motivos o causales de los recursos o acciones impugnativas, según corresponda, para que, cuando se estimen vulneradas o quebrantadas, se garantice [...] su revisión y control con la mayor «asepsia» posible.

La motivación también tiene una función exoprocesal⁴³ porque, mediante la publicidad del debate y de la sentencia, los ciudadanos pueden fiscalizarla, aunque la inconformidad con su contenido solo podría tener efectos en relación con el caso juzgado, si, mediante el fiscal, pueden retornar al interior del proceso por vía recursiva.

En resumen, la motivación demuestra a las partes que han sido escuchadas sus tesis, y les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y

⁴² Arranz Castillero: *Op. cit.*, p. 38.

⁴³ Carrasco Espinach: «Un modelo...», p. 19, quien, además, desde una proyección social la conecta con el sentido educativo que posee exponer al público las razones que fundamentan la decisión judicial, pues una sentencia argumentada de forma racional, congruente y razonable, va más allá del mero ejercicio del poder coercitivo del Estado.

lograr un nuevo examen frente a otros jueces. A los efectos de la doble conformidad, constituye una garantía para que la decisión recursiva alcance la mayor integralidad y corrección, en tanto permite enunciar específicamente por qué le causa agravio, solicitar el reexamen por el tribunal del recurso y la posibilidad real de que este realice su control a partir de las justificaciones realizadas y acreditar que se corresponde con el resultado del juicio oral, el Derecho vigente y no es fruto de la actuación festinada de los jueces.

La motivación de la sentencia facilita cuestionar las conclusiones a que arriban los tribunales y contradecir sus fundamentos, siendo indispensable que estos exterioricen su convicción, en tanto es la manera de conocerlos y criticarlos: no solo tributa a la publicidad de la decisión, sino al derecho de defensa y a la garantía de la doble conformidad.⁴⁴

Cuando la sentencia es inmotivada o falta fundamentación, no es posible al órgano del recurso evaluar los hechos y las consideraciones jurídicas, debe decretar su nulidad, para que los jueces de instancia cumplan con esta garantía y, contra la nueva resolución, ofrecer la posibilidad de nuevo recurso, para la obtención del doble conforme, si así lo solicita el acusado.

En consecuencia, la garantía del doble conforme cumple un rol en el proceso penal, en tanto se relaciona y, a través de ella, se manifiestan diversos principios procesales.

CONCLUSIONES

1. La doble conformidad es inherente a la institución del recurso, pero, para que se alcance esta garantía, no basta con la existencia de un tribunal distinto al que ejerció, en primera instancia, la doble jurisdicción, sino que su propia naturaleza exige tener en cuenta otros aspectos que condicionen su eficacia: cómo acceder a la doble conformidad, y hasta dónde debe llegar el alcance del conocimiento, y de la decisión, para que se cumpla dicha garantía.
2. Para considerar el cumplimiento de uno de sus elementos, el acceso, es necesario, por una parte, que la ley otorgue a todo acusado la posibilidad de ejercer este derecho, con independencia del delito cometido, la sanción impuesta, su posición, función o cargo, o tribunal que lo haya juzgado y sancionado, sin que exista un exceso de trabas y requisitos formales para interponerlo, que infrinjan la esencia de este derecho y lo hagan irreal; y, por otra, que las facultades del tribunal que dictó la resolución impugnada para no admitir el recurso sea limitada, y por razones expresamente establecidas en la ley.
3. El alcance del conocimiento, como elemento esencial del doble conforme, exige la revisión integral de los presupuestos de hecho y sus

⁴⁴ Cafferata Nores: *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, p. 160. Maljar: *El proceso penal y las garantías constitucionales*, pp. 309-310.

consecuencias jurídicas, con independencia del recurso que se instrumente en la ley, lo que ha provocado recientes modificaciones legislativas en varios países, para ampliar el alcance del recurso de casación, cuando es el único medio de impugnación instituido contra una sentencia definitiva, y la limitación recursiva del fiscal, en los casos en que se haya dictado por dos ocasiones sentencias absolutorias contra un mismo acusado.

4. El alcance de la decisión comprende la motivación de las resoluciones que, en relación con la doble conformidad, tiene tres momentos importantes: las sentencias dictadas por los tribunales de instancia; las que resuelven el recurso; y las resoluciones que lo declaran inadmisibile, lo que, a su vez, permite el control endoprocésal y exoprocésal de la resolución y la actuación de los jueces, como expresión de garantía.

BIBLIOGRAFÍA

- Arranz Castellero, Vicente Julio: «La prueba en el proceso penal: generalidades», en *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Bacigalupo-Zapater, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.
- _____: «La noción de un proceso penal con todas las garantías. Derechos procesales fundamentales», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- Bernal Cuéllar, J. y Lynett Montealegre: *El proceso penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- Bidart Campos, Germán José: «La doble instancia en el proceso penal (la Convención sobre Derechos humanos de San José de Costa Rica)», en *El Derecho*, vol. 118, no. 7, Buenos Aires, s/a.
- Cafferata Nores, José I.: *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- _____: *Proceso penal y derechos humanos*, Centro de Estudios legales y Sociales, Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2000.
- _____: «*In dubio pro reo*» y recurso de casación contra la sentencia condenatoria ¿Cambió algo con los artículos 8.2 h de la Convención americana sobre derechos humanos, 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional?, LL-1999-F-544.
- Carrasco Espinach, Lourdes M.: «Un modelo teórico-procesal de motivación de la sentencia penal de primera instancia» (tesis en opción al grado científico de doctora en Ciencias Jurídicas), Escuela Militar Superior Arides Estévez Sánchez, La Habana, octubre de 2009.

- _____: «Casación, motivación de sentencia y racionalidad», en *Justicia y Derecho*, año 6, no. 10, La Habana, 2006.
- CIDH, en el párrafo 90 del caso Barreto Leiva vs. Venezuela, en http://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf [consulta: 12-4-2016].
- «Código procesal penal de Chile. Ley 20507, de 8 de abril de 2011», en www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf [consulta: 16-8-2014].
- «Código procesal penal de la República de Colombia, Ley 906, de 31 de agosto de 2004», en www.ub.edu/dpenal/recursos/doc_legislacio/Colombia_CodigoPenal2000.pdf [consulta: 15-8-2014].
- «Código procesal penal de Honduras, modificado el 19 de diciembre de 1999», en www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/CODIGO%20PROCESAL%20PENAL.pdf [consulta: 24-1-2015].
- «Código procesal penal de la República de Bolivia», en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf [consulta: 18-8-2015].
- «Código procesal penal de la República de Costa Rica», en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf [consulta: 18-8-2015].
- «Código procesal penal de República Dominicana. Ley 76, de 19 de julio de 2002», en www.one.gob.do/Multimedia/Download?ObjId=7082 [consulta: 12-8-2014].
- «Código procesal penal de la República de Guatemala», en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf [consulta: 9-8-2014].
- «Código procesal de la República de Paraguay, 1286 de 1998», 2.^a ed. actualizada en 2001, en www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cpp.pdf [consulta: 12-8-2014].
- «Código procesal de la República de El Salvador. Decreto 626 de 2014», en www.pgr.gob.sv/documentos/CodigoProcesalPenal.pdf [consulta: 16-8-2014].
- «Código procesal penal de Perú aprobado por Decreto legislativo No. 957 de 2004», en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf [consulta: 18-8-2015].
- Clariá Olmedo, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, t. 1, Editorial Ediar S. A., Buenos Aires, 1960.
- Cortez Matcovich, Gonzalo: *El recurso de nulidad*, Editorial Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2006.
- De la Rúa, Fernando: *El recurso de casación en el Derecho positivo argentino*, Víctor de Zevalá-Editor, Buenos Aires, 1968.
- Díaz Cantón, Fernando: *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2005.
- Duce Julio, Mauricio y Cristiá Riego Martínez: *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Ferretti Del Río, Carlos: «Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal», en *Estudios Constitucionales*, año 10, no. 1, Chile, 2012.

- Fernández Gonzáles, Miguel Ángel: «El recurso de nulidad en el Código procesal penal desde la perspectiva de la Constitución», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Chile, [s.m.d.].
- Fernández Romo, Rodolfo: «El principio de contradicción del proceso penal» (tesis en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas), Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2006.
- Fernández-Rubio Legrá, Ángel (compil.): «Pacto internacional de los derechos civiles y políticos», en *Instrumentos jurídicos internacionales*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1991.
- Fezer: *Strafverteidigervereinigungen* (comp. 18. *Strafverteidigertag*), 1994.
- Florián, Eugenio: *Elementos de Derecho procesal penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1934.
- Furgairiño Bringos, Eduardo: «Algunas notas sobre el jurado», en *Actualidad penal*, no. 3, 1995, [s.m.d.].
- García, L.: «El derecho a recurrir contra sentencia en la Convención americana de derechos humanos», en *Revista de Derecho penal procesal*, no. 9, Argentina, 2005.
- Gimeno Sendra, Vicente: *Derecho procesal*, t. 2, Editorial Tirant lo Blanch, 3.ª ed., Valencia, 1989.
- González Novillo, Jorge R. y Federico G. Figueroa: *El recurso de casación en el proceso penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1983.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada: *Derecho procesal civil*, t. 1, Madrid, 1955, [s.e.].
- Guétmanova, A. et al.: *Lógica en forma simple sobre lo complejo*, Editorial Progreso, Moscú, 1991.
- Jiménez Asenjo, Enrique: *Derecho procesal penal*, vols. I y II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, [s.a.].
- _____: *La nueva reforma de la casación penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1949.
- Maier, Julio B.: «El recurso como garantía», en *Justicia y Derecho*, año 1, no. 1, La Habana, junio de 2003.
- _____: «La impugnación del acusador: ¿Un caso de *ne bis in idem*?», en <http://www.metabase.net/docs/ilanud> [consulta: 13-12-2014].
- Maljar, Daniel E.: *El proceso penal y las garantías constitucionales*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.
- Martínez Arrieta, Andrés: «Algunos aspectos del recurso de casación: La doble instancia y el control casacional», CD-ROOM Cuadernos del Poder Judicial español, 1992-1996, carpeta penal 956, Biblioteca del Centro de Información y Adiestramiento Informático para el Abogado (CIABO), [s.m.d.].

- Montero Aroca: *El Derecho procesal en el siglo xx*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Navarro Muñoz, Javier: «El control de la valoración de la prueba en la casación penal cubana. Necesidad de una reforma» (tesis en opción al título académico de especialista en Derecho penal), Universidad de La Habana, diciembre de 2007.
- Nieva Fenoll, Jorge: *El hecho y el derecho en la casación penal*, Editorial J. M. Bosch, Barcelona, 2000.
- Rodríguez García, Víctor: «El debido proceso legal y la Convención americana sobre derechos humanos», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, no. 110.
- Ley No. 5 de 1977, Ley de procedimiento penal en Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 2008.
- «Ley No. 6, Ley procesal penal militar de Cuba», MINJUS, La Habana, 1979.
- «Ley de enjuiciamiento criminal de España», en *Boletín Oficial del Estado*, no. 239, Madrid, 2015.
- Llobet Rodríguez, Javier: *Código procesal penal comentado de Costa Rica*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2009.
- Palacio, Lino Enrique: *Las limitaciones legales del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el 'Pacto de San José de Costa Rica' a la persona inculpada de delito*, LL-1995, Buenos Aires.
- Pastor, Daniel R.: *La nueva imagen de la casación penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.
- Pedraz Penalva, Ernesto: *Derecho procesal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.
- Pereira Anabalón, Hugo: «Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal», en *Gaceta Jurídica*, no. 233, Santiago de Chile, 1999.
- Rosental e Iudin: *Diccionario filosófico*, Editora Política, La Habana, 1981.
- Roxin, Claus: *Derecho procesal penal* (traducc. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor), Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.
- Sagüés, Néstor Pedro: *La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, L.L. 1988-E-156, Argentina.
- Sarstedt, Werner y Rainer Hamm: «Die Revision in Strafsachen», en *Walter de Gruyter*, Berlin-New York, no. 73, [s.m.d.].
- Sentencia de la CIDH de 2 de julio de 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf [consulta: 12-4-2016].
- Tavolari Oliveros, Raúl: «¿Tiene el ministerio público derecho a un debido proceso?», en *Instituciones del nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, Editorial Porrúa, Ciudad México, 2000.

LA CALIDAD COMO VALOR INSTITUCIONAL QUE PRESTIGIA AL STP

***Mención del concurso Aniversario 45 del Sistema de
Tribunales (STP)***

*Esp. Liliانا Hernández Díaz
presidenta, Sala de lo Económico, TSP*

*Esp. Alina de Fátima Santana Echerri, magistrada,
Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado, TSP*

Resumen: Con este trabajo pretendemos abordar la necesidad de reforzar, en todos los trabajadores judiciales, los valores institucionales que rigen la labor cotidiana. Se abordan las concepciones generales acerca de la evolución de estos, su aplicación en el ámbito judicial y su definición como pautas, referentes y directrices que son consustanciales a la actuación de los servidores de esta organización, pues motivan su desempeño y tributan al cumplimiento de la misión y la visión institucionales. En este caso, se ha vinculado el tema con el Sistema de gestión de la calidad que se desarrolla en el TSP y que constituye una herramienta que potencia los valores institucionales.

Abstract: With this work we intend to address the need to reinforce, in all judicial workers, the institutional values that govern daily work. The general conceptions about the evolution of these, their application in the judicial field and their definition as guidelines, references and guide-lines that are consubstantial to the performance of the servers of this organization are addressed, as they motivate their performance and pay tribute to compliance with the institutional mission and vision. In this case, the issue has been linked to the *Quality Management System* that is developed in the People's Supreme Court and that constitutes a tool that enhances institutional values.

Palabras clave: valores, valores institucionales, desempeño, ética judicial, sistema de gestión de la calidad, cumplimiento de la misión y la visión institucionales.

Keywords: Values, institutional values, performance, judicial ethics, quality management system, fulfillment of the institutional mission and vision.

Sumario: Valores institucionales que defienden jueces y trabajadores del sistema judicial cubano. El sistema de gestión de la calidad que se desarrolla en el TSP. Reflexiones finales. Bibliografía.

LOS VALORES SON ideales deseados que tienen su raíz en necesidades del ser humano, en condicionantes imprescindibles para su realización; son presupuestos que una comunidad se impone como paradigmas de su existencia, dándole sentido y coherencia a esta, modelándola y brindando una perspectiva de futuro al señalar metas que jalonan su decursar.¹ Pueden considerarse expresiones de una comunidad o un sector determinado, poseen una carga cultural, histórica y moral que los condiciona y matizan definitivamente el sistema social y político donde se desarrollan.

Son presupuestos que no agotan su virtualidad en la estructura formal-semántica, pues tienen una fuerte significación histórico-moral, que condensa un catálogo de objetivos que marca los umbrales de la sociedad, lo que los convierte, a partir de su positivización, en parámetros hermenéuticos del ordenamiento jurídico y claves para la interpretación del actuar del sistema político, que conducen al horizonte ético de la sociedad y marcan el sentido político del Estado:

El poder y el ordenamiento estatales no valen, no son tales solo por asumirse y ejercerse el primero conforme a las reglas y los procedimientos constitucionalmente prescritos, por emanar simplemente dicho poder del segundo. Valen porque derivan su validez última de los valores que propugnan y realizan, respectivamente; en otras palabras, encuentran en dichos valores el parámetro de validez o legitimidad.²

Toda institución debe hacer declaración expresa de los axiomas que sirven de guía al cumplimiento de su función social. Los valores constituyen una fuente primaria de motivación; en tanto sean correspondidos, habrá satisfacción, armonía o sintonía, e influirán fuertemente en los objetivos fijados, las opciones elegidas, el modo en que se le atribuye significado a la percepción de una situación y la clase de estrategias usadas para abordarla. Así, los valores institucionales son las pautas, referentes y directrices de la actuación de los servidores de una entidad, que motivan su desempeño hacia el cumplimiento de la misión y visión institucional.

Desde la perspectiva jurídica, los valores son normas transversales al ordenamiento, constituyen el derecho del Derecho, porque conforman supuestos que son la base de una amplia variedad de conversiones y opciones normativas, al combinarse con las reglas y principios que rigen las relaciones sociales. Poseen una estructura abierta y una importante carga subjetiva, pero no son expresiones etéreas, sino que su acatamiento y aplicación constituyen bases de actuación para todos los profesionales del ámbito judicial.

¹ Fernández Bulté: «Los fundamentos de los derechos humanos», en *Seminario sobre derechos humanos*, p. 61.

² Parejo Alfonso: «Constitución y valores del ordenamiento constitucional y el ordenamiento jurídico», p. 104.

En Cuba, la función de impartir justicia, que dimana del pueblo y es ejercida en nombre de este, constituye para los tribunales una encomienda de gran trascendencia y responsabilidad.³ Este carácter, esencialmente popular, requiere de una actuación de calidad y un buen hacer en el desempeño, para la efectiva solución de los diversos conflictos que tramitan. Cada decisión judicial debe caracterizarse, además de por su sustento legal, por su transparencia, nivel de ponderación, sensatez y por conjugar, en el mayor nivel posible, los intereses particulares con los sociales.⁴

La ética judicial y los valores de actuación de los integrantes de los sistemas judiciales del mundo han sido tratados en varios espacios, entre los que se destacan las ediciones de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha avalado esa alternativa y ha incluido, en el Estatuto del juez iberoamericano,⁵ un capítulo dedicado específicamente a la «ética judicial». En sintonía con esos antecedentes, en la Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano se reconoció «un derecho fundamental de la población a tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa». Esa realidad motivó que, en la Declaración Copán-San Salvador, de 2004, los presidentes de cortes y tribunales supremos de justicia y de consejos de la judicatura, pertenecientes a los países que integran Iberoamérica, aprobaran patrones de conducta útiles a todos los sistemas de justicia.

El sistema judicial cubano no está ajeno a la importancia de reforzar y defender esos patrones de conducta, esa es una de las razones por las que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP) ha hecho suyos estos postulados y, en tal sentido, se destacan varios documentos rectores que resaltan la importancia de los valores y principios éticos que deben caracterizar a los jueces en su desempeño diario. Con este trabajo, pretendemos abordar una arista del tema, relacionándolo con la gestión de la calidad como herramienta que potencia los valores institucionales.

VALORES INSTITUCIONALES QUE DEFIENDEN JUECES Y TRABAJADORES DEL SISTEMA JUDICIAL CUBANO

En fecha tan temprana para la Revolución cubana, el 5 de enero de 1959, el Gobierno Revolucionario aprobó la Ley No. 1, que suprimió los tribunales de

³ El Artículo 147 de la Constitución de la República establece que la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el TSP y los demás tribunales que la ley instituye.

⁴ El documento «Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales», dictado en el 2000, resume en su contenido los valores y principios éticos que debe cumplir un juez en su actuación cotidiana.

⁵ El Código iberoamericano de ética judicial fue aprobado en Canarias en 2001 y reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santiago de Chile.

urgencia y la Sala Segunda de lo Criminal del Tribunal Supremo y dispuso la depuración de los juzgados y tribunales del país, que, generados por el régimen derrocado, reprimían a su antojo a cuantos se oponían resueltamente a sus intereses, mostrando los jueces una actuación servil y corrupta.

A partir de entonces, se sucedieron diversas medidas encaminadas a fortalecer el carácter democrático de la función judicial,⁶ entre estas se destaca la creación de los Tribunales Revolucionarios,⁷ encargados de juzgar a los esbirros, torturadores, delatores y criminales de guerra. En 1963, por iniciativa del Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, se crearon los tribunales populares, que eran órganos integrados por hombres y mujeres humildes, de reconocido prestigio social y laboral que, sin ser profesionales del Derecho, eran elegidos por asambleas de sus propios conciudadanos y tenían la autoridad para juzgar a las personas que cometían delitos de escasa gravedad. También fueron instituidos los tribunales del Ministerio del Interior y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias.⁸

Un paso importante lo constituyó la promulgación de la Ley No. 1250 de 1973, «De organización del sistema judicial», que unificó los diferentes tribunales existentes en un sistema único, que comprendía a los de base, regionales, provinciales y el TSP, y del que forman parte, igualmente, los tribunales militares. Años más tarde, fue necesario atemperar su funcionamiento al desarrollo social, por lo que se dictó la Ley No. 70 de 1990, que contribuyó a perfilar la estructura, organización y funcionamiento del STP.

En 1997, se dictó la Ley No. 82, «De los tribunales populares», que los dotó de mayor coherencia y eficiencia orgánica. Esta ley define cuáles son los objetivos⁹ que deben cumplir, lo que guarda estrecha correspon-

⁶ La necesidad de sanear y potenciar el sistema judicial en la etapa revolucionaria se avizoró por Fidel Castro Ruz en su histórico alegato de defensa, conocido como *La Historia me absolverá*, en el que criticó el aparato de justicia cubano de la época y lo ubicó entre los graves problemas padecidos por la nación bajo el régimen neocolonial del tirano Fulgencio Batista.

⁷ Creados por la Ley No. 33, de 29 de enero de 1959.

⁸ Remigio Ferro: «La independencia judicial y la gestión de la calidad en los tribunales», en *Justicia y Derecho*, no. 25, p. 4.

⁹ Artículo 2.1. Los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley.

2. La función judicial, además, se ajusta fundamentalmente a los principios siguientes:

a) La justicia se imparte sobre la base de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el tribunal;

b) la función judicial se ejerce conforme a lo establecido por la ley;

c) todo acusado tiene derecho a la defensa y se presume inocente mientras no se dicte fallo condenatorio contra él;

d) solo los tribunales competentes, conforme a la ley, imponen sanciones por hechos que constituyen delitos;

e) las sentencias o fallos de los tribunales se pronuncian en nombre del pueblo de Cuba;

f) para los actos de impartir justicia, todos los tribunales funcionan de forma colegiada y en ellos participan, con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y jueces legos;

g) las vistas de los juicios son públicas, salvo en los casos exceptuados por la ley; y

h) la justicia se dispensa gratuitamente.

dencia con la encomienda constitucional que tienen asignada. Aunque esta norma no define expresamente los valores institucionales por los que se rigen los jueces y demás trabajadores del STP, esto no ha sido obstáculo para cumplir el cometido social encomendado, y son innumerables los ejemplos de entrega y consagración permanente de sus trabajadores, cuyo esfuerzo ha hecho posible las transformaciones del sistema judicial cubano y la realización de los anhelos de justicia del pueblo.

La concepción de la función judicial como servicio público ha obligado a los jueces y demás trabajadores a desarrollar y fortalecer patrones éticos en su desempeño, bajo la premisa fundamental de cumplir con la misión institucional, lo que garantiza la confianza de los ciudadanos en la actuación de los tribunales, que, además de ser una tarea complicada y hermosa, requiere responsabilidad y acierto por su incidencia en aspectos vitales para el país, como son la seguridad jurídica, el orden y la tranquilidad ciudadana.

La nueva visión ontológica y deontológica de la administración de justicia que, desde hace poco, se ha ido abriendo paso en el mundo, incorpora la perspectiva de la actividad judicial como servicio público al ciudadano, cuyo cometido es proporcionar, a las personas naturales y jurídicas, acceso a la justicia institucional, como vía para dirimir sus conflictos y procurar amparo efectivo en el ejercicio de sus derechos supuestamente conculcados. Ese servicio supone que la gestión judicial incorpore valores como sentido de responsabilidad pública, honestidad en el manejo de asuntos y recursos, transparencia, justicia, equidad y respeto a la legalidad.¹⁰

La efectividad en el ejercicio de la función que cumplen los tribunales se materializa en la celebración de los actos y en las decisiones judiciales adoptadas, que deben ser siempre apegadas a los preceptos constitucionales y a las demás normas que sean de aplicación.¹¹

Para cumplir ese cometido, se han trazado proyecciones estratégicas¹² que guían su actuación y complementan la norma orgánica. Estas pueden verse en, al menos, dos sentidos: el desempeño probado de sus integrantes y el cumplimiento de los indicadores de eficacia que se trazan en sus objetivos de trabajo; pero ambos convergen en alcanzar las pautas que fijan la misión y la visión institucionales. En estas definiciones están presentes los valores más notables que tributan al cumplimiento de esa labor, pues orientan la conducta a seguir y definen patrones éticos de gran relevancia; en tal senti-

¹⁰ Remigio Ferro: «Bases para fortalecer la gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial».

¹¹ El CG-TSP, el 6 de febrero de 2001, aprobó el «Código de ética judicial», que, posteriormente, fue firmado por los cuadros, jueces y trabajadores del STP, en actos solemnes realizados en todo el país, el 24 de febrero de ese año.

¹² Aprobadas por Acuerdo No. 372, de 15 de noviembre de 2016, del CG-TSP.

do, en el Código de ética judicial, se reconocen como valores institucionales fundamentales los siguientes:¹³

Sentido de lo justo: Actuación atinada y consecuente en la tramitación de los asuntos judiciales y en la adopción de decisiones caracterizadas por su racionalidad, contextualización, sensatez, oportunidad, prudencia, ponderación, acierto, objetividad y apego a la ley. No incurrir en interpretaciones torcidas y esquemáticas que conduzcan a tomar decisiones absurdas, ilógicas o alejadas del sentido común.

Independencia: Los jueces tramitarán y decidirán los asuntos en que intervienen sin ningún tipo de interferencias, ni influencias ajenas al proceso, aplicando la ley y el Derecho al caso concreto, de acuerdo con su interpretación y análisis sobre los hechos y circunstancias que se juzgan, con responsabilidad y total apego a los procedimientos legales y garantías del debido proceso. Constituye un deber y un derecho de los jueces rechazar y denunciar todo intento de influencia o interferencia en los asuntos que les competen.

Imparcialidad: Realizar los actos judiciales y adoptar decisiones sin predisposición, prejuicio o favoritismo en relación con alguna de las partes o personas que participan en los asuntos, mostrando y exigiendo respeto a la igualdad entre ellas y la protección de los derechos individuales, las garantías legales y las oportunidades procesales de los intervinientes; sin incurrir en comportamientos que denoten trato preferencial con los implicados o manifestaciones discriminatorias por motivos de género, color de la piel, origen territorial, creencias religiosas, concepciones ideológicas, orientación sexual, discapacidad y cualquier otra causa lesiva a los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes.

Transparencia: La actuación judicial debe ser abierta, diáfana, accesible, comprensible y verificable para quienes participan en los procesos y para la población en general. Los tribunales tienen el deber de suministrar información y orientación sobre su labor a los interesados y a la ciudadanía; y garantizar la publicidad de los actos judiciales, salvo las excepciones previstas en la ley. Las decisiones judiciales se dictan con la debida argumentación y fundamentación de las razones que las sustentan.

Probidad: Los jueces, secretarios judiciales y demás trabajadores desempeñarán sus funciones con estricto cumplimiento de sus atribuciones legales y mantendrán en todo momento una conducta decente, decorosa, honrada y moralmente intachable, sin solicitar ni aceptar favores, dádivas u otros beneficios por la realización de acciones relacionadas con la labor judicial propia o de otros integrantes de la institución, ni admitir o tolerar intentos de soborno. De igual forma, guardarán la debida discreción en los trámites y asuntos que así

¹³ El nuevo Código de ética judicial, que se aprobó por acuerdo del CG-TSP, el 13 de julio de 2017, conceptualiza los valores institucionales y los principios éticos fundamentales que deben acatar los directivos, jueces y demás trabajadores de los tribunales.

lo requieran y mantendrán en su vida personal y familiar un comportamiento cívico ejemplar que les garantice gozar de buen concepto público.

Humanismo: Tratar a todas las personas con quienes nos relacionamos por razón de nuestro trabajo con cortesía, decencia, respeto, sensibilidad humana y la debida consideración a su dignidad, teniendo especial cuidado y deferencia al tratar con personas con discapacidad, victimizadas o en situación de desventaja social. Adoptar las decisiones judiciales tomando en cuenta el valor intrínseco del ser humano y su desarrollo pleno, los posibles impactos para el ámbito familiar, laboral, comunitario y social de las personas concernidas y para la sociedad, y la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Honestidad: Actuar y manifestarse en cada ocasión con sinceridad y apego a la verdad, sin ocultar o distorsionar la realidad, o consentir que otros lo hagan. No ofrecer ni permitir que se emitan datos o informaciones tergiversadas en relación con la labor que se realiza. Enfrentar enérgicamente la mentira, la traición, las indisciplinas y las ilegalidades.

Responsabilidad: Los jueces, secretarios judiciales y demás trabajadores judiciales actuarán conscientes de la relevancia y trascendencia del servicio que prestan a las personas naturales y jurídicas y a la sociedad; estarán siempre dispuestos a responder y rendir cuenta por la calidad de su desempeño en el momento, lugar y modo que resulten más apropiados, sin menoscabo de sus derechos, facultades y atribuciones funcionales. Asimismo, asumirán las consecuencias disciplinarias y obligaciones civiles resarcitorias derivadas de las faltas y errores que así lo justifiquen.

Patriotismo: Amar a la patria socialista, defenderla en cada momento con la palabra y la acción, y contribuir a preservar su independencia, su soberanía, la seguridad y estabilidad de la nación, y el orden y la tranquilidad ciudadanas.

Calidad: Actitud de los jueces, secretarios judiciales y demás trabajadores para realizar su labor conforme a requisitos, buenas prácticas y procedimientos uniformes previamente establecidos, cumpliendo sus funciones y atribuciones con profesionalidad, destreza, pulcritud, eficiencia y eficacia, que garanticen la agilidad de los procesos judiciales, cumplimiento de las garantías y derechos de los implicados, la adecuada motivación y fundamentación de las resoluciones y el cumplimiento oportuno y eficaz de las decisiones judiciales firmes. Los tribunales cumplirán con las acciones previstas en el sistema de gestión de la calidad para el efectivo seguimiento, control, retroalimentación y permanente mejora de los resultados cualitativos de la labor judicial.

EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD QUE SE DESARROLLA EN EL TSP

La calidad es considerada como el cumplimiento de los requisitos y características de un servicio, para la satisfacción de las necesidades o expectativas de los usuarios y las partes interesadas.

La 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.¹⁴

Para la sociedad, los jueces y demás trabajadores judiciales constituyen un referente y, en tal sentido, deben mantener una conducta ética intachable por el compromiso social que asumen; su función no es solo juzgar e impartir justicia, sino que, en su vida personal, deben constituir un ejemplo, comportarse como excelentes seres humanos, capaces de consolidar la justicia y el desarrollo de todos los ciudadanos. El desempeño de los jueces exige de sus servidores un comportamiento íntegro, vertical y transparente en todos los ámbitos de la vida, porque esa condición acompaña siempre a quien la ostenta y lo convierte en un referente cívico de incalculable valor.

Para compulsar la función judicial con las exigencias que impone ese servicio público, no basta con que sus integrantes conozcan la ley y la interpreten, sino que es necesario dotar su desempeño de instrumentos que persigan ese fin; contextualizar la labor que realizan a los tiempos actuales y valerse de herramientas que puedan aplicarse en su quehacer diario constituyen, también, una responsabilidad de quienes laboran en este sector.

Otro aspecto a evaluar es la necesidad de dar continuidad al proceso de implementación del Lineamiento No. 274 de la política económica y social del Partido y la Revolución, que indica continuar el perfeccionamiento del sistema de justicia en todos sus ámbitos y de los órganos, organismos y organizaciones que lo integran o le tributan, y consolidar la seguridad jurídica, la protección de los derechos ciudadanos, la institucionalidad, la disciplina social y el orden interior.

Estas razones justifican que fuera incluido, como uno de los objetivos estratégicos del STP, el diseño del Sistema de gestión de la calidad (SGC), con la aplicación de la norma NC ISO 9001:2015.¹⁵

Aun cuando la gestión de la calidad es una herramienta, y práctica utilizada en el mundo, desde hace mucho tiempo, en el ámbito de la gerencia empresarial y de los negocios, no sucede de igual forma en los dominios

¹⁴ Remigio Ferro: «La independencia judicial...», pp. 6.

¹⁵ La ISO 9001:2015 fue elaborada por la Organización Internacional para la Estandarización (*International Standardization Organization* o ISO por sus siglas en inglés). Determina los requisitos de un SGC que pueden utilizarse para su aplicación interna por las organizaciones. Dependiendo del país, puede denominarse de diferente forma, agregándose las siglas del organismo que la representa dentro de este, acompañada del año de la última actualización de la norma; en Cuba se utiliza, en este caso, la NC ISO 9001:2015.

de la actividad estatal y gubernamental, en los que su manejo e incorporación comenzó a apreciarse en un período relativamente más reciente. Fue a fines del siglo xx, con el surgimiento y desarrollo de la conceptualización de la gestión o gerencia pública y el consecuente acotamiento de la administración pública, como disciplina de contornos propios, que comienzan a sentarse las bases sobre las que se incorporará la calidad en la gestión y el servicio público, cual presupuesto de eficiencia y eficacia de la acción gubernamental, administrativa y estatal de cara al ciudadano.¹⁶

Con la implementación del SGC se cambia la gestión tradicional por áreas de trabajo, como estructuras internas independientes, por la denominada *gestión por procesos*; este enfoque elimina las barreras entre las diversas unidades funcionales de la organización y unifica sus esfuerzos y recursos en la concreción de las principales metas.

El TSP desarrolla procesos que pueden definirse, medirse y mejorarse; estos interactúan para proporcionar resultados coherentes con los objetivos estratégicos y cruzan límites funcionales porque existen actividades de las diferentes áreas que se interrelacionan y complementan hacia el logro de fines comunes.

El SGC que se desarrolla, a diferencia de los fomentados en tribunales de otros países, tiene la característica de que se concentra en la gestión de la actividad fundamental (la impartición de justicia) y, consecuentemente, la satisfacción del usuario del servicio que se presta en los procesos jurisdiccionales (los justiciables y las demás partes interesadas que acuden a los tribunales), sustentado en el criterio de que el desempeño judicial puede ser objeto de planificación, aseguramiento, control, medición, evaluación y mejoramiento.

En ese sentido, las premisas de la implementación del SGC en la actividad judicial son las siguientes:

1. Garantizar el acceso a la justicia, reconociendo al justiciable y a otros intervinientes en los procesos judiciales como la razón de ser de la actividad judicial.
2. Satisfacer, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, las expectativas de los usuarios del servicio judicial.
3. Reconocer, como centro de la gestión de la calidad, el aseguramiento del ejercicio de la actividad jurisdiccional con eficiencia y eficacia.
4. Trabajar en los tribunales con un enfoque de procesos, que se integran y se complementan, incluyendo las actividades administrativas de apoyo y de control.
5. Estandarizar y documentar todos los procedimientos internos de la actividad judicial y de las áreas administrativas.
6. Perfeccionar los métodos de control y supervisión de la actividad judicial.
7. Fomentar en los tribunales la cultura de la calidad en el servicio público judicial y de la responsabilidad.

¹⁶ Remigio Ferro: «La independencia judicial...», p. 24.

8. Avanzar hacia el enfoque integral y armonizado de la gestión de la calidad en las estructuras jurisdiccionales y administrativas.

9. Implementar el Sistema de gestión de la calidad de forma integrada en los órganos judiciales que conforman el STP.

10. Reconocer los recursos humanos como el elemento estratégico para el logro de los objetivos institucionales, y generar condiciones adecuadas y convenientes para asegurar su liderazgo, capacidad, motivación y compromiso.

Los principios del SGC son: enfoque al usuario, liderazgo, participación del personal, compromiso de las personas, enfoque basado en procesos, enfoque de sistema para la gestión, mejora continua, enfoque basado en hechos para la toma de decisiones y relaciones mutuamente beneficiosas con el proveedor.

Las ventajas fundamentales del SGC son: Mejora la satisfacción del usuario porque se enfoca a sus necesidades de forma combinada con los parámetros de la organización. Aumenta la eficacia y reduce los costos porque elimina los pasos innecesarios, gestiona adecuadamente el tiempo y reduce los errores. Homogeniza el servicio, lo hace uniforme y estable. Potencia la imagen positiva de la organización, para los usuarios actuales y potenciales. Impulsa la motivación de los trabajadores porque todos participan. Crece la coordinación interdepartamental y la interacción. Mejora la gestión documental, se escriben todos los procedimientos e instructivos internos. Permite abordar los riesgos y oportunidades asociadas con el contexto y los objetivos.

El Acuerdo No. 8, adoptado por el CG-TSP, el 25 de enero de 2016, aprobó la «Política de la calidad» del STP, la que se hizo pública y fue remitida a las áreas del TSP y demás tribunales del país por medio de la Carta circular de 15 de febrero de 2016, del presidente del máximo órgano de justicia, en la que quedaron expresados los aspectos esenciales que determinan la calidad en el ejercicio de la función jurisdiccional,¹⁷ que son:

1. Desempeño diligente y ágil y cumplimiento de los términos y plazos fijados para la tramitación y solución de los procesos judiciales.

2. Apego a los procedimientos establecidos y respeto estricto a las garantías y derechos de las partes y a todos los intervinientes en los asuntos.

3. Adopción de decisiones y resoluciones acertadas, comprensibles, debidamente fundamentadas y argumentadas, caracterizadas por su racionalidad y sentido de lo justo.

4. Cumplimiento efectivo y oportuno de las decisiones judiciales firmes.

5. Comportamiento éticamente correcto de jueces, secretarios judiciales y demás trabajadores en el cumplimiento de sus funciones y en su vida personal y familiar.

¹⁷ Estos fueron ratificados en el Informe de rendición de cuenta del TSP a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), el 21 de diciembre de 2017. *Vid. Justicia y Derecho*, no. 30.

El fortalecimiento de la preparación ideológica, ética y técnico-profesional del personal judicial es una prioridad y esa es la razón que justificó que, mediante el Acuerdo No. 352, del CG-TSP, el 17 de noviembre de 2017, fuera aprobada la «Estrategia de formación judicial», la que prevé acciones continuas de capacitación, entrenamiento en el puesto de trabajo e información general, en atención a las necesidades individuales y colectivas de los destinatarios, enfocadas en el fortalecimiento del servicio judicial que se presta.

Los procesos fundamentales o clave que han sido identificados agrupan las diferentes materias jurisdiccionales, a partir de la recopilación de los documentos y las metodologías diseñadas aprobadas por el CG-TSP, con el objetivo de lograr su estandarización y mejora, lo que no implica cambio en las leyes de procedimientos judiciales u otras normas, sino la transformación de la gestión de los secretarios y jueces que laboran en las salas de justicia, enfocada a la satisfacción de las expectativas de los usuarios del servicio judicial, de conformidad con lo previsto en las leyes, referidos a:

- Garantizar a los ciudadanos y entidades el debido acceso a la justicia.
- Gestionar adecuadamente el cumplimiento de los términos procesales y agilizar los procesos judiciales.
- Asegurar la celebración de los actos judiciales.
- Realizar los actos judiciales en todas las materias, con solemnidad y apego a los procedimientos aprobados.
- Perfeccionar la colegiación de los asuntos y la toma de decisiones.
- Realizar con calidad las citaciones, los emplazamientos y las notificaciones.
- Mantener adecuada comunicación con las partes en los procesos judiciales y demás intervinientes.
- Adecuar la redacción de las resoluciones judiciales a las necesidades de los usuarios y demás receptores del servicio judicial.

La aplicación del SGC no es una actividad adicional, constituye una herramienta mediante la cual se revisan los mecanismos de gestión para perfeccionarlos y actualizarlos, a partir del análisis del contexto de la organización, enfocado en la misión institucional. Se persigue incrementar el valor del servicio judicial de cara al ciudadano, ayudar a la gestión adecuada de los riesgos, completar los procedimientos documentados, realizar el control de forma integrada y tomar las decisiones basadas en las evidencias.

REFLEXIONES FINALES

Todos los postulados que conforman el desarrollo del Sistema de gestión de la calidad tributan al cumplimiento de la misión institucional y a la estrategia diseñada para fortalecer los valores institucionales, a partir de la incorporación de habilidades para perfeccionar el servicio público judicial y el mejoramiento continuo de la gestión, lo que incrementa la confianza del pueblo en la administración de justicia.

La gestión judicial se optimiza en todos sus ámbitos, en sintonía con la actualización del modelo económico cubano y el enfrentamiento a las ilegalidades y la corrupción, lo que implica una mayor retroalimentación de la ciudadanía y de las instituciones sobre el servicio público que se presta en los tribunales, enfocados en la satisfacción continua de las expectativas de los usuarios, internos y externos, con mayor sensibilidad y dinamismo.

El Sistema de gestión de la calidad permite identificar deficiencias en el quehacer cotidiano y poner en práctica acciones para promover, propiciar e incentivar el buen desempeño de los recursos humanos y la integralidad, coherencia y armonía de los esfuerzos organizacionales para gestionar la calidad en todos los ámbitos de actuación, como uno de los valores institucionales que prestigian al STP.

BIBLIOGRAFÍA

«Informe de rendición de cuenta del TSP a la ANPP», en *Justicia y Derecho*, año 16, no. 30, La Habana, junio de 2018.

Calamandrei, Piero: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones ONBC, La Habana, 2015.

Cueto Rúa, Julio C.: «La axiología jurídica y los métodos de interpretación», en *DOXA*, 21-II, 1998.

Fernández Bulté, Julio: «Los fundamentos de los derechos humanos» (Seminario sobre derechos humanos), en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2062/6.pdf>.

Ossorio y Gallardo, Ángel: *El alma de la toga*, Ediciones ONBC, La Habana, 2016.

Parejo Alfonso, Luciano: «Constitución y valores del ordenamiento constitucional y el ordenamiento jurídico», en *Compilación de textos para Seminario Internacional*, Universidad de Alicante, 1997.

Remigio Ferro, Rubén: «Bases para fortalecer la gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial» (trabajo final, Diplomado de Administración pública, 10.ª edición), Escuela Superior de Cuadros del Estado y del Gobierno, La Habana, noviembre de 2014.

_____: «Ejemplo de democracia en la administración de justicia», en *Justicia y Derecho*, año 11, no. 21, La Habana, diciembre de 2013.

_____: «La independencia judicial y la gestión de la calidad en los tribunales», en *Justicia y Derecho*, año 13, no. 25, La Habana, diciembre de 2015.

Rodríguez Fernández, Yumil (coord.): *Los tribunales en Cuba. Pasado y actualidad*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.

Rojas Rodríguez, Marta: *El juicio del Moncada*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2012.

Saldaña Serrano, Javier: *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ediciones Corunda, México, 2007.

VIII Congreso Internacional de Trabajo, monográfico en torno al Código iberoamericano de ética judicial, Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Editorial Jusbares, 2015.

Legislación

«Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 3, La Habana, 10 de abril de 2019.

«Ley No. 82, de 11 de julio de 1997, “De los tribunales populares”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 8, La Habana, 14 de julio de 1997.

Código iberoamericano de ética judicial, reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago de Chile.

Decálogo iberoamericano para una justicia de calidad.

TSP: «Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales», La Habana, mayo de 2000.

Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021, aprobados en el VII Congreso del Partido, en el III Pleno del Comité Central de este, el 18 de mayo de 2017, y respaldados por la ANPP, el primero de junio de 2017.

NC-ISO 9001: 2015, Sistema de gestión de la calidad.

Proyecciones estratégicas del STP hasta el 2020.

UN NUEVO ENFOQUE DE LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Cor. Roselia Reina Batlle
presidenta, Sala de lo Militar, TSP

Tte. cor. Luis Ángel González Hernández
presidente, Tribunal Militar Territorial Occidental

Resumen: El presente trabajo está encaminado al análisis de los principios que deben regir la función judicial; con esa intención, aborda los de supremacía constitucional, independencia judicial, imparcialidad, motivación, mediación y obligación de resolver. Se analiza la actual Ley de los tribunales populares, su correspondencia con postulados constitucionales y se aboga por una mirada diferente, con enfoques novedosos en cuanto a cómo debe refrendar esta ley orgánica los aludidos principios.

Abstract: This work is aimed at analyzing the principles that should govern the judicial function; with that intention, it addresses those of constitutional supremacy, judicial independence, impartiality, motivation, mediation and obligation to resolve. The current Law of the popular courts is analyzed, its correspondence with constitutional postulates and a different view is advocated, with novel approaches as to how this organic law must endorse the aforementioned principles.

Palabras clave: función judicial, principios, supremacía constitucional.

Keywords: Judicial function, principles, constitutional supremacy.

Sumario: Fundamentos teóricos doctrinales de la función judicial: Principios generales de la función judicial y tratamiento legislativo. Nuevo enfoque a los principios de la función judicial en la legislación cubana. Conclusiones. Bibliografía.

LA REALIDAD ECONÓMICA, política y social imperante en el país, y las experiencias acumuladas en la administración pública, determinaron la necesidad de reorientar políticas estatales, para enfrentar los complejos problemas derivados del entorno internacional.

Valga la reflexión precedente como idea para asumir que, en la administración de justicia,¹ aparece la necesidad de atemperar la función judicial

¹ Universidad de Alcalá: *Diccionario iberoamericano de derechos humanos fundamentales* (en línea), en <http://www.admóndejusticia.gob.es>. «[...] consiste así en una función pública derivada de la soberanía del Estado que se atribuye a los jueces y magistrados, en solitario o colegiadamente».

que realizan los tribunales de nuestro país a este nuevo escenario, caracterizado por la ardua labor que viene desarrollando el Estado en la actualización del modelo económico-social y el perfeccionamiento político del proyecto socialista cubano, en la que se sustenta lo imperioso de emprender proyectos legislativos que tengan como hilos conductores los principios de legalidad y coherencia de las normas jurídicas, tributen a su jerarquización, armonía e integración del sistema jurídico normativo y refuercen la institucionalidad estatal, de ahí la motivación esencial del presente trabajo.

Sirve de incentivo adicional para esta idea la demostrada voluntad política, apoyada por una práctica estatal consecuente, en función del logro de los objetivos del servicio público que prestan las instituciones, a saber, elevar la calidad de vida de los ciudadanos, incrementar el desarrollo económico, garantizar la seguridad de sus residentes y preservar la soberanía nacional.²

De ahí que constituye una condición indispensable, en el ámbito legislativo futuro, un nuevo enfoque de los principios de la función judicial, como garantía para afianzar la seguridad jurídica,³ reforzar la institucionalidad y defender la soberanía nacional, de manera que el Derecho y la justicia se inserten en la dinámica de evolución progresiva que se opera en las esferas económica, política y social del país.

Tales presupuestos reflejan el problema que se enfrenta, en los siguientes términos:

¿Cómo refrendar en la Ley de los tribunales populares los principios de la función judicial, atemperados a los nuevos enfoques en esta materia?

Consecuentemente, es el objeto del presente empeño la regulación de los principios de la función judicial, con una nueva visión, ajustada a sus actuales concepciones y su interrelación con los postulados de la Constitución de la República de Cuba.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOCTRINALES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Antecedentes

Los antecedentes más lejanos de la función judicial se remontan a la legislación romana, aunque su génesis más cercana se encuentra a partir de la Revolución francesa que, inspirada en principios iusfilosóficos del iluminismo, establecía: la tripartición de poderes, la igualdad ante la ley y la supremacía del Derecho positivo y, en consecuencia, se consideró que

² «Problemas de la gestión en la administración pública».

³ Colegio de Defensa Nacional: *Glosario. Selección de términos sobre seguridad y defensa nacional*, p. 10. Seguridad jurídica: Condición necesaria alcanzada por el país, mediante la cual se garantiza la protección jurídica de los intereses del Estado y el pueblo, a partir del ordenamiento jurídico, sus instituciones y las acciones en el ámbito de la legalidad y el control, con la participación de otros factores de la sociedad, dirigidas a preservar la obra de la Revolución y el ejercicio pleno de la justicia.

el juez era un siervo sumiso de la ley y que sus funciones se resumían en la formulación de silogismos a imitación de un lógico matemático; por ello, Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, los catalogaba como «[...] la boca que pronuncia las palabras de la ley».

Este viejo dogma del juez realmente está muy lejos de reflejar el complejo funcionamiento del Derecho y, evidentemente, supone una visión distorsionada de la administración judicial.

En la medida en que las diferentes formaciones socio-económicas fueron evolucionando, también lo hizo la administración de la justicia, no solo en el sentido de alcanzar una independencia en su funcionamiento de otras actividades estatales, sino también en el de constituir el reflejo de la soberanía que caracteriza a un Estado; de ahí que se considere la función jurisdiccional netamente pública atribuida a los jueces, ya sea de modo solitario o en composición colegiada. Su verdadera naturaleza debe considerarse como una actividad plena, dinámica y creativa, con un alto contenido axiológico que otorga a los jueces un papel decisivo en la aplicación del Derecho.

En Cuba, con el advenimiento de la Revolución, de manera sistemática y gradual, se fue demoliendo el aparato estatal burgués, del que heredamos una organización judicial de la colonia, con las modificaciones que le introdujo la segunda intervención norteamericana en 1909 y todo el conjunto de leyes civiles, penales y de procedimiento.

Fruto de esa labor fue la Ley de organización del sistema judicial, en la que se partió de un principio básico y fundamental: los tribunales de justicia no integran un poder del Estado, como se afirmaba en los textos constitucionales que desde 1901 rigieron, sino que integran un órgano del poder independiente y revolucionario, ajustado a principios cardinales como la gratuidad de la justicia, sanciones impuestas exclusivamente por los tribunales de justicia competentes y los jueces eran funcionalmente independientes, no debiendo obediencia más que a la ley.

También, con su promulgación, de una parte, desaparecieron los tribunales unipersonales (jueces de primera instancia, de instrucción, correccionales y municipales) y se estructuraron órganos colegiados o colectivos, integrados por pluralidad de jueces, y de otra, permitió que el pueblo participara activamente en la administración de la justicia, mediante la institución de los jueces legos, o no profesionales, que integraron todos los tribunales.

Posteriormente, se promulgó la Ley de los tribunales populares, que será objeto de estudio, en cuanto a los principios de la función judicial.

En la actualidad, conforme expuso Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP:

[...] los resultados de la actividad judicial en el país permite[n] 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, relaciona-

dos 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, resulta necesaria la revisión crítica de los mecanismos de gestión de la calidad desplegados por el Sistema de tribunales populares del país, a los efectos de su actualización y perfeccionamiento [...].⁴

Principios generales de la función judicial y tratamiento legislativo

En la administración de justicia rigen principios generales del Derecho, por lo que resulta necesario definir qué se entiende por principios.

Principio proviene del latín *principium* que significa: fuente, comienzo, patrón, esencia;⁵ se identifica, también, como el «comienzo de un ser, de la vida, fundamento de algo, máxima, aforismo».⁶

Fernández Bulté los consideró «[...] reglas, postulados, fundamentos y apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son también condicionados históricamente, cambiantes y en pleno y constante desarrollo».⁷

Interesante resulta la posición marxista de este autor al imprimirle un carácter dinámico y voluble a los principios generales del Derecho.

De la lectura de algunos textos legislativos, se aprecia que existen principios regulados de modo expreso en el ordenamiento jurídico u otros que pueden inferirse; acerca de los principios explícitos e implícitos la doctora Ferrari Yaunner⁸ afirmó que los primeros serían aquellos que se encuentran positivados expresamente en las normas jurídicas, generalmente con rango constitucional, mientras que los implícitos, al no aparecer expresamente regulados, se deducen del conjunto del ordenamiento; por ello, Fernández Bulté les atribuyó el desempeño de tres papeles fundamentales, de guía para la mejor interpretación de las normas jurídicas, como criterio valorativo que apoya los grandes fines del Derecho y como forma de salvar lagunas legislativas.⁹

A partir de esta realidad, resulta vital atender al papel que desempeñan los principios generales del Derecho en la creación y aplicación de las normativas jurídicas estatales, y su interés permanente, si se quiere lograr la eficacia de sus instituciones y normas en función de la concordancia

⁴ Remigio Ferro: «Bases para fortalecer la gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial en Cuba», p. 4.

⁵ Jawisch: *Teoría general del Derecho*, p. 124.

⁶ Osorio: *Diccionario de ciencias jurídicas*, pp. 770-771.

⁷ *Teoría del Estado y del Derecho*; segunda parte, p. 234.

⁸ «La integración del Derecho ante las lagunas de la ley», en *Justicia y Derecho*, no. 15, p. 26.

⁹ Fernández Bulté: *Op. cit.*, pp. 234-235.

interna y externa del sistema jurídico-normativo, en cualquier intento de reforzamiento de la institucionalidad del país, por lo que no deben las instancias promulgadoras de normas estar ajenas a conceptos de antemano admitidos por el propio ordenamiento, en este caso particular, los principios de legalidad, coherencia y de la jerarquía normativa, criterio expuesto por la doctora Martha Prieto Valdés y otros autores, defendiendo el importantísimo papel de estos principios en la organicidad del sistema jurídico-normativo del Estado.¹⁰

En la función judicial priman diversos principios, entre los que adquieren especial relevancia los de independencia, imparcialidad y gratuidad de la justicia.

La Declaración universal de derechos humanos¹¹ reconoce en la función judicial los principios de independencia e imparcialidad.

Principio de independencia judicial

Constituye una «garantía para los justiciables; los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan solo sometidos a la Constitución y a la Ley [...]».¹² La Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) considera la independencia de la judicatura¹³ como un conjunto de mecanismos dirigidos a salvaguardar el valor de la justicia.

En criterio de Nader Kurí,¹⁴ el principio de independencia judicial se descompone en dos aspectos esenciales: a) la independencia como garantía y b) la independencia funcional. La primera de ellas estima que está al servicio de la justicia y constituye una obligación del Estado y no de la persona que encarna al juzgador; en tanto los legisladores emitan normas jurídicas según las cuales los tribunales podrán ejercer su función en libertad, sin sujeción a voluntades personales o institucionales, alejadas de la estricta aplicación de la ley, es una garantía constitucional que debe observar permanentemente. En cambio, la independencia funcional se refiere a la autonomía de cada juez en el ejercicio de sus facultades, para que su esfera de autoridad esté protegida de influencias evidentes o encubiertas de otros actores del Gobierno.

Con independencia de estas denominaciones, lo trascendente e indispensable es que los ciudadanos confíen en su justicia, con lo que se garantiza un acceso pleno a ella.

¹⁰ Prieto Valdés *et al.*: «Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y su reconocimiento legal y jurisprudencial», en *Revista Jurídica*, no. 13, pp. 53 y 55.

¹¹ AGNU: Declaración universal de derechos humanos, Artículo 10, Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹² «Estatuto del juez iberoamericano», Artículo 1.

¹³ AGNU: «Resolución 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y Resolución 40/146, de 13 de diciembre de 1985».

¹⁴ «Principios de la función judicial».

El magistrado Ippolito Franco, luego de valorar el Artículo 104.1 de la Constitución italiana (en el que se afirma que «la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder»), asevera que «[...] el valor de la independencia de la magistratura se mide por la efectiva y concreta independencia de cada juez en particular respecto a cualquier centro de poder, externo o interno a la magistratura».¹⁵

El Artículo 1¹⁶ de la Ley de los tribunales populares refrenda este principio y la actual Constitución, en su Artículo 93 d), reconoce la independencia de los tribunales.

Principio de imparcialidad

«La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional».¹⁷

Al decir de Fernández Romo,¹⁸ la imparcialidad, como característica que define al juez en el proceso penal,

no puede suponer únicamente que el titular de la potestad jurisdiccional goce de la condición de no parte en el proceso que conoce, sino implica también que su juicio esté determinado por el ejercicio correcto de su función, es decir, por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia ajena a esta función influya en la decisión [y afirma que] tampoco es imparcial el juzgador si lleva a la solución del caso su criterio subjetivo, en lugar del objetivo, formalmente determinado a través de la práctica probatoria.

A la imparcialidad se le reconocen dos dimensiones:

- La objetiva: Es la que se vincula a la propia estructura del sistema judicial, al atribuir las funciones de investigación y juzgamiento, y a la prohibición de que los jueces que resolverán sobre el fondo del asunto hayan intervenido en decisiones precedentes que puedan incidir en perjuicio sobre la que deberán tomar en el enjuiciamiento; se manifiesta en una magnitud endoprocesal.

- La subjetiva: Es la que recae sobre el juzgador, en quien radica la obligación de imparcialidad, de ahí que se vincule con una proyección exoprocesal, en tanto exige la abstención de opinar acerca de los asuntos sobre los que habrá de resolver. Tiene, además, un componente ético y axiológico, dado por los propios valores del que juzga.

¹⁵ «Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial».

¹⁶ En él se expone 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 (ANPP) y al Consejo de Estado.

¹⁷ «Estatuto del juez iberoamericano», Artículo 9.

¹⁸ «El principio de contradicción», pp. 54-56.

La imparcialidad resulta definida por la separación o ausencia de prejuicios, de posturas parcializadas y es observada de dos maneras diferentes:

- cuando se trata de indagar la convicción personal de determinado juez en un caso concreto; y
- la que se refiere a si ese profesional ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable.

A nuestro criterio, el derecho a un juez imparcial constituye una garantía fundamental objetiva del proceso penal reconocida en diferentes instrumentos jurídicos internacionales¹⁹ y garantiza el ejercicio correcto de la función jurisdiccional.

Este principio no estaba expresamente regulado en la Constitución de la República de Cuba ni en la propia Ley de tribunales populares, pero sí en el Código de ética judicial.²⁰ Con la promulgación de la nueva Constitución, el referido Artículo 93 d) reconoce como garantía de los derechos el acceso a un tribunal imparcial.

Principio de motivación

Otro de los principios que se aboga que conforme la función judicial es el de motivación. El Artículo 18 del Código modelo iberoamericano establece que «la obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales [...]» y el 19 señala que «motivar supone expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, optar por justificar la decisión».

Esa obligación de justificar las razones de la decisión judicial proviene precisamente del principio de independencia funcional y genera el análisis

¹⁹ Entre los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985, se recoge la imparcialidad del juez cuando se precisa, en el apartado dos, que los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el Derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo. *Vid.* «Cuba: Acerca del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente», en *HiperPen*.

²⁰ El Código de ética judicial (pp. 4-5), entre los valores institucionales fundamentales, establece la imparcialidad y la conceptualiza así: realizar los actos judiciales y adoptar decisiones sin predisposición, prejuicio o favoritismo en relación con alguna de las partes o personas que participan en los asuntos, mostrando y exigiendo respeto a la igualdad entre ellas y la protección de los derechos individuales, las garantías legales y las oportunidades procesales de los intervinientes, sin incurrir en comportamientos que denoten trato preferencial con los implicados o manifestaciones discriminatorias por motivos de género, color de la piel, origen territorial, creencias religiosas, concepciones ideológicas, orientación sexual, discapacidad y cualquier otra causa lesiva a los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes.

de si tienen los jueces, o no, ese deber cuando se les reconoce que no deben más obediencia que a la ley.

Carrasco Espinach²¹ señala que «sobre la base de que la justicia dimana del pueblo como titular de la soberanía, su realización no debe quedar incontrolada. De ahí la importancia de establecer medidas legislativas [...]».

En Cuba, es el Artículo 59 de la Constitución de la República el referente más cercano en cuanto a la obligación de los tribunales de motivar la sentencia, y las leyes procesales penales vigentes presentan limitaciones al respecto.

En 1985, el CG-TSP adoptó el Acuerdo No. 172, mediante el cual introdujo, en la sentencia penal, el análisis de las pruebas acogidas y desestimadas, lo que aún no es suficiente; por otro lado, la Ley procesal penal militar solo obliga expresamente a exponer las razones por las que el tribunal rechaza las pruebas.

En el contexto iberoamericano, se presenta como principio, garantía y derecho fundamental del justiciable y se predica su rango constitucional relacionado con el Estado de Derecho y la democracia de la función jurisdiccional.²²

La referida autora especifica que similar situación se aprecia en el entorno nacional, pero no se ha encontrado un estudio específico acerca de su naturaleza jurídica.²³

En definitiva, su inclusión como principio de la función judicial, constitucionalmente establecido, permite controlar debidamente la actuación de los jueces. La Ley de los tribunales populares no contempla este principio.

²¹ Vid. «Un modelo teórico-procesal de motivación de la sentencia penal de primera instancia», pp. 2-3.

²² Binder Barriza: «Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica», en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, p. 85, y Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal I. Nociones fundamentales*, pp. 493-494, la incluyen entre las garantías básicas del proceso. Maier: *Derecho procesal penal argentino*, t. 1, pp. 243-247, la aborda dentro de los principios relativos al procedimiento.

²³ Arranz Castillero: «Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo. Una proyección para el análisis de los contenidos penales de la Constitución cubana en ocasión de su xxx aniversario», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 28, p. 31, la concibe como principio constitucional. Hernández de Armas: «La motivación de la sentencia», no define su naturaleza. Cortijo Caballero: «Las sentencias como resolución definitiva del proceso penal. Consideraciones teórico-prácticas», pp. 14-15, la relaciona con el Estado de Derecho y la legitimidad de la función jurisdiccional y afirma que tiene el carácter de derecho fundamental. Fuentes Águila y Bailly Rodríguez: «La motivación de la sentencia como acto de justicia y creación», en *Justicia y Derecho*, año 4, no. 7, p. 14, y Sosa Ravelo: «La sentencia penal. Su vinculación con el principio de correlación imputación sentencia», p. 22, la definen como derecho de las partes y la vinculan con la legitimidad de la función jurisdiccional. Martínez Remigio: «Motivación de la sentencia en el proceso penal. Consideraciones acerca de la prueba indiciaria», en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, p. 47, resalta su carácter democrático. Carrasco Espinach: «La motivación de la sentencia. Características en el procedimiento penal cubano», p. 5, la asume como garantía de seguridad jurídica y cumplimiento de la legalidad y de la independencia de los jueces al dictar sentencia.

Principio de mediación

La comunidad científica ha alcanzado consenso respecto a la importancia que ha de atribuirse a la prontitud y certidumbre de la solución de los conflictos, de cualquier naturaleza.

La práctica ha demostrado que a los órganos del sistema judicial se les satura con procesos de diversa naturaleza, lo que resta oportunidad y tiempo a la protección de otros bienes que necesitan de una tutela especial y efectiva; de ahí que, si se puede hallar una solución más adecuada y deseable, por medio de la intervención de mecanismos de control social, formal e, incluso, informales, es innegable que se lograría un sistema judicial más eficaz.

A partir de tal concepción, se explican los esfuerzos que despliegan las ciencias jurídicas en función de lograr un sistema capaz de dar una respuesta ágil y certera a los conflictos que surjan, como presupuestos esenciales de la seguridad jurídica que requieren las sociedades modernas.

A ese fin descongestionador del sistema judicial contribuyen soluciones debidamente estructuradas, a partir de la manera en que se conciba la intervención y/o participación de los actores de mediación en los conflictos, a cuyo fin puede tributar: la regulación positiva de esta vía alternativa, con fundamento en el principio de subsidiariedad y en la redefinición del conflicto adversarial en sí mismo, pues no solo se trata de un conflicto entre los particulares y el Estado, sino de una oposición de intereses individuales y generales; de ahí que aceptar la intervención de un actor ajeno a este, que medie en ellos, permite tomarlos en cuenta, para el restablecimiento de la paz jurídica y social.

Se pretende, por este camino, alcanzar un sistema judicial comunicativo y resolutivo, lo primero, en el sentido de propiciar el diálogo entre las partes involucradas en el conflicto, fundamentalmente los ciudadanos y la comunidad, y ambos con el sistema judicial; y resolutivo, para que el sistema, en sentido general, pueda afianzar su dimensión humana y profundizar su orientación hacia el hombre (más a este que a la ley misma) y resolver efectivamente los conflictos con el menor costo social y económico posible.

La mediación conviene a todos, pues lograr la reparación sin la intervención de la maquinaria judicial en cualquiera de sus dimensiones resulta incuestionablemente útil, en tanto la naturaleza de los conflictos lo permita; de ahí que acudir a estas alternativas puede ampliar el abanico de opciones en este sentido.

En una mediación no se puede imponer una decisión a las partes, el mediador no toma decisiones, su función consiste en ayudar a que las partes se responsabilicen y lleguen a un acuerdo sobre la solución de la controversia por colaboración.

En nuestro país, se aplica, fundamentalmente, a conflictos civiles, la conciliación como solución alternativa, lo que refrenda la Instrucción No. 217, de julio de 2012, emitida por el CG-TSP, sustentada en los artículos 42, 771 y 772 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, pero no está concebida como principio en la actuación de los tribunales.

Principio de obligación de resolver

Una de las categorías que distingue la calidad de un sistema judicial es la prontitud en la solución de los conflictos que se presentan, de manera que la tramitación de un asunto de cualquier naturaleza (penal, económica, civil, laboral) no debe transgredir los términos que la ley impone y, menos aun, que el incumplimiento se deba a la inoperancia de los jueces. Por ello, se estipulan medidas disciplinarias para los que, fuera de toda justificación razonable, dilaten la acción de la justicia y, precisamente atendiendo a su condición de servidores públicos, son los obligados a resolver cuanto le sea turnado; de ahí que, en una sociedad que pretende cumplir con los objetivos fundamentales del servicio público, por su esencia, debe contener un postulado como el descrito en la administración de justicia.

En las Proyecciones estratégicas hasta 2020 y los objetivos de trabajo 2016 del TSP, se reconoce que:

Somos un sistema de órganos estatales estructurados con independencia funcional de cualquier otro órgano u organismo del Estado y el Gobierno; subordinados, en el orden jerárquico, a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado. Nos corresponde, como responsabilidad exclusiva, la función de impartir justicia en nombre del pueblo de Cuba.

Asumimos nuestra labor como servidores públicos encargados de brindar acceso a la justicia, la tutela judicial y la seguridad jurídica a las personas, las instituciones, las entidades, y a la sociedad en general, asegurándoles amparo legal efectivo a sus derechos y garantías, sobre la base del cumplimiento de la Constitución y las demás leyes vigentes.

En el ejercicio de la función jurisdiccional, nos prestigian y motivan valores fundamentales como: sentido de lo justo, independencia judicial, imparcialidad, transparencia, probidad, humanismo, honestidad, responsabilidad y patriotismo.

Contribuir, con nuestra labor, a mejorar la calidad de vida de las personas, la seguridad ciudadana, el orden y la legalidad en la sociedad cubana es el principal deber y motivo de realización personal e institucional.

Si entre los principios éticos fundamentales, relacionados en el Código de ética judicial, se expone que los jueces deben actuar de forma diligente, ágil y sin dilaciones innecesarias en los trámites en que intervienen y desempeñar la actividad laboral con orden, pulcritud y apego a los procedimientos legales establecidos, resulta innegable que no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia sin incurrir en responsabilidad; de ahí la necesidad de este principio.

Acercamiento a otras legislaciones

Algunas legislaciones foráneas que regulan la actividad jurisdiccional de los tribunales, en lo fundamental, coinciden en establecer los principios esenciales que rigen la labor de estos órganos; países como España, México, Ecuador, Costa Rica, Colombia, Venezuela, República Dominicana, Perú y Nicaragua, de forma expresa, contienen el principio de independencia judicial; en diferentes casos tutelan otros principios, como el de imparcialidad (México y Venezuela), los de legalidad y celeridad (Colombia y Perú), la gratuidad de la justicia (Colombia y Ecuador).

También son objeto de regulación normativa el principio de supremacía constitucional, en legislaciones como las de España, Ecuador, Venezuela, Nicaragua y Perú.

Igual tratamiento se le ha dado por los legisladores de Venezuela, Ecuador y Costa Rica a la obligación de resolver que impera en la actuación de los operadores de esos sistemas judiciales; mientras que el legislador nicaragüense optó por refrendar, de manera particular y con mayor precisión, el principio de motivación de los autos judiciales, a excepción de aquellos de mero trámite, lo que se considera acertado, por lo acabado de su formulación.

Respecto a la mediación, diversos son los países que, en diferentes materias, han sumado este principio a sus legislaciones, por ejemplo, Francia, España, Argentina y Estados Unidos; y, para ello, se valen de distintas fuentes normativas internacionales que, según estudiosos del tema, pudieran sustentar esta práctica, tales como el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, las Normas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, entre otras.

La mayoría de los proyectos de reforma acontecidos en las legislaciones estudiadas se concentran en establecer la previsibilidad y certidumbre de las leyes y de su aplicación, centrando sus esfuerzos en instaurar una administración de justicia eficiente y confiable, con un mejor acceso a ella; fortalecen así la independencia judicial, garantizan la seguridad ciudadana y la eficacia de las instituciones del sector, con particular incidencia en la calidad de las decisiones judiciales.

NUEVO ENFOQUE A LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA LEGISLACIÓN CUBANA

La administración judicial cubana en la actualidad

Al acometer un análisis de contenido de la normativa constitucional cubana que rige los principios de la función judicial, y la configuración de estos en la ley orgánica del sistema, es perceptible que estos no se prescriben con la óptica de las modernas concepciones de la materia tratada, de lo cual se advierte que, en el texto, se plasman postulados que requieren de actualización o precisiones, algunos también perfectibles y que aparecen dispersos en el cuerpo legal, y otros que pueden ser acogidos en dicho texto, como vía para introducir un nuevo enfoque a su consagración legal.

Es oportuno referenciar lo expuesto por el presidente del TSP, en el informe de rendición de cuenta ante la ANPP, en lo referido al imperativo de la actualización y perfeccionamiento de la actividad jurisdiccional:

[...] las medidas y decisiones estatales y de gobierno, puestas en vigor como parte del proceso de actualización del modelo económico-social, y la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, y los cambios operados en la dinámica de los asuntos que fluyen a las diferentes estructuras judiciales del país, determinan la necesidad de adecuar y perfeccionar en lo pertinente la práctica judicial, para atemperarlo a los requerimientos actuales.²⁴

Explicó, además, la labor del CG-TSP en la promoción de modificaciones estructurales y funcionales en los tribunales, lo que permite un desempeño cualitativamente superior de la impartición de justicia en el escenario actual y perspectivo del país; y aseveró que esas acciones refuerzan el respeto a las garantías procesales de las partes involucradas, y fortalecen el acceso a la justicia y la tutela efectiva a los derechos de las personas naturales y jurídicas, exponiendo como ejemplos, entre otros, los siguientes:

- Compactación de estructuras judiciales para fortalecer la calidad y coherencia en la tramitación y solución de los asuntos.
- Desarrollo experimental de un proceder judicial especial en los casos asociados con el Derecho de familia, con la incorporación de enfoques multidisciplinarios en su tratamiento y decisión.
- Introducción progresiva en la actuación judicial de mecanismos y métodos de conciliación y mediación.

Estudios anteriores que referencian la temática han concluido que la existencia de disfunciones profesionales constituye, en muchos casos, la esencia de la ineficacia del servicio público que presta la institución judicial, lo distorsionan y desvirtúan el ejercicio eficiente de la función judicial, por lo que, en

²⁴ TSP: «Informe de rendición de cuenta a la ANPP», pp. 18-19.

consecuencia, generan el desconcierto, la molestia y la desconfianza de los usuarios del sistema, por las afectaciones que ocasionan.

No solo en el segmento de la profesionalidad en la actuación, sino también en el orden de los procesos de dirección y el control, han sido advertidas fallas que muelan la calidad en la prestación del servicio judicial, identificadas en el sentido de las debilidades en los mecanismos institucionales concebidos para la gestión: problemas con el liderazgo de los cuadros, apatía y falta de compromiso, escasa preparación, superficialidad e irresponsabilidad en la actuación por parte de ciertos directivos judiciales son los obstáculos de mayor incidencia en los resultados de la labor judicial en el país.

A los efectos de lo expuesto, desempeña un rol vital el éxito de la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC) y refrendados por la ANPP, de los cuales el STP identificó 50 de ellos con un impacto directo en la función judicial, esencialmente el 140 y el 142, y de los objetivos aprobados en la Primera Conferencia Nacional del PCC, específicamente el 53 y el 73, que refuerzan el papel de los órganos en el enfrentamiento de su labor, proyectada al perfeccionamiento de los servicios de justicia.²⁵

De ahí, la necesidad y lo atinado que resulta contar con un texto legal que orgánicamente defina las bases sobre las que debe erigirse la administración de justicia, no solo como cuerpo referencial y aglutinador de los principios, sino, además, para que refrende la transparencia en la actuación de los órganos judiciales, sin que quede únicamente a la espontánea disposición de los operadores del STP.

Las propuestas partirán del respeto a la consideración jurídica de la jerarquía de la Carta Magna, como base y pilar del ordenamiento, y tributarán a la racionalidad y menor costo en el uso de los recursos humanos, materiales y financieros, con la simplificación de actos judiciales que resulten menos perniciosos para las personas involucradas, dada la introducción de soluciones alternativas en aquellos asuntos pertinentes, con los que la solución de conflictos judiciales resulte más pronta, efectiva, transparente y fortalezca el control popular e institucional de las decisiones que se adopten, y derive en opción válida para lograr la requerida descongestión del sistema judicial.

Identificación de los postulados susceptibles de perfeccionamiento o actualización

Entre los objetos del cuestionamiento profesional, con vista a la nueva Ley de los tribunales populares, aparece el título primero (Principios y garantías

²⁵ *Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución.*

de la función judicial), cuyo Artículo 1.1 refleja el principio de independencia judicial, en tanto se reconoce que los tribunales conforman el sistema de órganos del Estado cubano y funcionan independientes de cualquier otro; el segundo apartado reconoce la actuación de estos bajo la égida de la Constitución de la República de Cuba.²⁶

Si bien cumple la ley el requerimiento de establecerlos como principios fundamentales, existe la opinión de que, al plasmarse fuera del Artículo 2, que contiene la definición de otros principios, lacera la coherencia interna de la norma misma, como a la vez no los jerarquiza en su propia esencia.

En el Artículo 2 se consagran los postulados que se ajustan a la función judicial. De su lectura, se advierten los que sustentan la igualdad, la legalidad, el derecho a la defensa, la participación popular, la actuación colegiada, la publicidad de los debates y el acceso gratuito al servicio judicial, postura aceptada, pero que no es expresión íntegra ni abarcadora de otros principios que también rigen la actividad jurisdiccional.²⁷

La Ley No. 97, «De los tribunales militares», comparte los principios refrendados en el Artículo 2 de la Ley de los tribunales populares y añade otros muy específicos de ese fuero, lo que, en definitiva, atendiendo al principio general del Derecho relativo a la supletoriedad de las normas, y por conformar parte del sistema judicial cubano, en nada contradice lo antes apuntado, respecto a la necesidad de introducir modificaciones de esta naturaleza, en tanto, por el propio carácter sistémico de dicha norma, los principios que se modifiquen, actualicen o introduzcan, regirán la administración de justicia en Cuba.

²⁶ Ley No. 82, «De los tribunales populares», Artículo 1.1: Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurados con independencia funcional de cualquier otro, y subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado. 2. Los tribunales que esta ley instituye se rigen por los principios consagrados en la Constitución, que norman la organización y el funcionamiento de los órganos estatales.

²⁷ Artículo 2. La función judicial, además, se ajusta fundamentalmente a los principios siguientes:

- a) la justicia se imparte sobre la base de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el tribunal;
- b) la función judicial se ejerce conforme a la ley;
- c) todo acusado tiene derecho a la defensa y se presume inocente, mientras no se dicte fallo condenatorio contra él;
- d) solo los tribunales competentes conforme a la ley imponen sanciones por hechos que constituyen delitos;
- e) las sentencias o fallos de los tribunales se pronuncian en nombre del pueblo de Cuba;
- f) para los actos de impartir justicia, todos los tribunales funcionan de forma colegiada y, en ellos, participan, con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y jueces legos;
- g) las vistas de los juicios son públicas, salvo en los casos exceptuados por la ley;
- h) la justicia se dispensa gratuitamente.

Consideraciones sobre el perfeccionamiento legal

Como oportunamente se deja sentado, la consolidada tradición y práctica legislativa coloca al sistema judicial cubano en condiciones favorables para asumir el reto de la actualización, el perfeccionamiento o la consagración de los postulados legales identificados y recaba de alguna de estas acciones para atemperarlos a las actuales concepciones de la función judicial, sin desatender el criterio de que se trata de un proceso normativo, complejo y dinámico, en el ámbito socio-económico que vive el país en la actualidad.

Para comprender con mayor profundidad la complejidad de este proceso, como sostén básico del sistema político que defiende, se estima imprescindible, por lo menos, sostener dos perspectivas. La primera surge de la necesidad y el momento histórico-concreto, es decir, toma en cuenta al proceso legislativo, como parte de las acciones que se prevén y acometen para afianzar la actualización de su modelo económico-social; en segundo lugar, el enfoque sistémico en la creación de las normas jurídicas, sobre la base de la supremacía de la Constitución, como vía para reforzar la legitimación del sistema judicial y las disposiciones legales que le amparan.

Estas cuestiones, de forma general, fueron abordadas durante el desarrollo de la indagación, a través de la aplicación de los métodos de investigación, específicamente de los instrumentos de acopio, análisis y síntesis de la información obtenida como resultado de las encuestas realizadas a los expertos consultados; en ellas, mayoritariamente (86,6%) coinciden en la idea de la necesidad de la actualización de la ley orgánica, en su interrelación con las actuales concepciones de la función judicial; destacan la viabilidad de adecuar dicho texto legal a las generalmente aceptadas en esta materia (73,3%) y opinaron que del modo en que obra en el texto constitucional no se reflejan la totalidad de los principios (53,3%).

Referencias acopiadas permitieron configurar de forma más acabada las consideraciones sobre el perfeccionamiento que se propone, y las precisiones de los principios hoy no comprendidos en el estudiado cuerpo legal, como vía para aportar al reforzamiento de la administración de la justicia en el país.

A partir de esos propios criterios, no hubo plena coincidencia con los de los autores, lo que no resultó óbice para, desde la perspectiva del trabajo, desarrollar el tema sobre la base de las concepciones doctrinales y prácticas asimiladas, para arribar a conclusiones y formular recomendaciones.

Se aboga, pues, por que la Ley del Sistema de Tribunales, en futuras propuestas de modificación, consagre como principios de la función jurisdiccional, además de los ya refrendados, los siguientes:

Principio de supremacía constitucional. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en otras normas de inferior jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

Principio de imparcialidad. Los jueces deberán realizar los actos judiciales y adoptar decisiones sin predisposición, prejuicio o favoritismo en relación con alguna de las partes involucradas.

Principio de motivación. Las decisiones que se adopten judicialmente deben conllevar una explicación que exprese el razonamiento de los jueces, bajo una óptica estructurada, lógica y racional, que refrende la interpretación dada a los postulados legales tenidos en cuenta. Realizarla de ese modo, no solo permite conocer los motivos de su decisión y su basamento legal, sino, también, controlar su actuación como servidores públicos y sirve de sustento a futuras decisiones que se adopten por el tribunal superior.

Principio de mediación. Los jueces podrán utilizarlo como solución alternativa en los casos que la ley lo permita; significa un proceso de negociación facilitada o asistida, en el que el mediador, luego de acordadas las pautas de interacción, las reglas y los principios del proceso, lo controla, y los mediados determinan el resultado. Será utilizado como método de carácter no adversarial y su objetivo será compatibilizar los intereses y las necesidades de las partes en disputa. Consiste en que los participantes, voluntariamente, sometan a un diferendo a un actor imparcial, quien colabora a través de herramientas comunicacionales, regulando el proceso para que los mediados logren arribar a un acuerdo satisfactorio para ambos.

Principio de obligación de resolver. Los jueces darán solución a los asuntos judiciales de cualquier naturaleza (penal, civil, económica, administrativa, laboral) que se les turnen, con la celeridad requerida y sin transgresión de los términos que la ley autoriza, que conlleven a dilación innecesaria de la acción de la justicia e implique medidas disciplinarias, a excepción de aquellos con justificación razonable.

Como puede apreciarse, de estas perspectivas parten los criterios emitidos sobre los principios normados en la ley orgánica y, además, con la finalidad de complementar y ampliar dichas normativas legales, cuando se estime pertinente; de ahí que lo planteado lleva a hacer determinadas consideraciones que, de ser tenidas en cuenta, pudieran ser validadas en ese proceso.

De manera particular, se considera que la determinación del órgano legislador deba pasar por la evaluación de la naturaleza general y el tratamiento especial que requieren estas concepciones en su consagración normativa, las que se advierten como necesitadas de perfeccionamiento, actualización o inclusión, lo que, si bien, actualmente, no afecta la organicidad interna de la norma jurídica, de evaluarse estas propuestas, pudiera aportar una mejor configuración y, además, contribuiría, como antes se expuso, al ajuste del texto a las concepciones generalmente aceptadas. Su redacción se presenta en el sentido siguiente:

Artículo _____. La función judicial de los tribunales se sustenta en los principios siguientes:

a) Ejercen su función en nombre del pueblo de Cuba y son independientes funcionalmente de cualquier órgano del Estado y el Gobierno.

b) Sus funciones se realizan conforme a los principios y garantías establecidas en la Constitución de la República de Cuba y en correspondencia con el resto de las leyes.

c) La justicia se imparte sobre la base de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el tribunal, por lo que los jueces, de manera imparcial, realizarán los actos judiciales y adoptarán las decisiones que les correspondan, sin distinción alguna por motivos de género, color de la piel, origen social o territorial, creencias religiosas, concepciones ideológicas, orientación sexual, discapacidad y cualquier otra causa lesiva a la dignidad humana.

d) Las decisiones adoptadas por los jueces deberán exponer claramente los motivos en los cuales están fundamentadas, de conformidad con los supuestos de hecho y normativos.

e) En la solución de los conflictos que se les presenten, los jueces podrán hacer uso de la mediación como solución alternativa, siempre que la ley lo permita.

f) Los jueces no podrán retardar ni omitir la resolución de los asuntos que conozcan, injustificadamente, sin incurrir en responsabilidad de la naturaleza que se determine.

g) Solo los tribunales competentes conforme a la ley imponen sanciones por hechos que constituyen delitos.

h) Para los actos de impartir justicia, todos los tribunales funcionan de forma colegiada y, en ellos, participan con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y jueces legos.

i) Las vistas de los juicios son públicas, salvo en los casos exceptuados por la ley.

j) Todo acusado tiene derecho a la defensa y se presume inocente, mientras no se dicte fallo condenatorio contra él.

k) La justicia se dispensa gratuitamente.

Como puede apreciarse, de estas perspectivas parten los criterios emitidos, sobre los principios normados en la ley orgánica, con la finalidad de complementar y ampliar dichas normativas legales, cuando se estime procedente; de ahí que lo planteado pudiera ser validado en el proceso de modificación legislativa en el orden orgánico.

CONCLUSIONES

1. En el texto de la Ley No. 82, «De los tribunales populares», se consagran los principios de la función jurisdiccional del sistema judicial cubano; no obstante, su plasmación no se ajusta a las concepciones y enfoques actuales.

2. Los principios que fundamentan la función jurisdiccional en la Ley de los tribunales populares se encuentran dispersos y requieren de actualización, de conformidad con el escenario actual.
3. Resulta imperiosa la regulación efectiva de los principios de supremacía constitucional, imparcialidad, motivación, mediación y obligación de resolver, como fundamentos esenciales de la función judicial, para reforzar la transparencia, la integralidad, la viabilidad y la coherencia de la norma orgánica, con especial trascendencia a la calidad del servicio judicial y la seguridad jurídica en el país.

BIBLIOGRAFÍA

- Arranz Castillero, Vicente J.: «Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo. Una proyección para el análisis de los contenidos penales de la Constitución cubana en ocasión de su xxx aniversario», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 28, La Habana, julio-diciembre de 2006.
- Binder Barriza, Alberto: «Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica», en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Proyecto de capacitación, gestión y política judicial, 1993.
- «Calidad en la función judicial», en <http://www.google.com/cu/url?sa=t&ct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwibvqic3KAhXmxIMKHTAhAp0QFggvMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.foresjusticia.org.ar>.
- Carrasco Espinach, Lourdes: «Un modelo teórico-procesal de motivación de la sentencia penal de primera instancia» (tesis en opción al grado de doctor en Ciencias Jurídicas), La Habana, 2007.
- Clariá Olmedo, Jorge A.: *Tratado de Derecho procesal penal I. Nociones fundamentales*, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1960.
- «Códigos de ética judicial», en http://www.kas.de/wf/doc/kas_6062-544-4-30.pdf.
- Colectivo de autores: «Problemas de la gestión en la administración pública», La Habana, 2015.
- Colegio de Defensa Nacional: *Glosario. Selección de términos sobre seguridad y defensa nacional*, La Habana, 2007.
- Cortijo Caballero, Yaneiky: «Las sentencias como resolución definitiva del proceso penal. Consideraciones teórico-prácticas» (tesina, curso de diplomado), Escuela de Formación Judicial del TSP, 2006.
- «Cuba: Acerca del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1985», en *HiperPen* (software de consulta interactivo), Universidad de Camagüey, 2002.
- «Estatuto del juez iberoamericano», en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/la-funcion-judicial.pdf>.

- Fernández Bulté, Julio: *Teoría del Estado y del Derecho*; segunda parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Fernández Romo, Rodolfo: «El principio de contradicción» (tesis en opción al grado de doctor en Ciencias Jurídicas), Universidad de La Habana, 2006.
- Ferrari Yaunner, Majela: «La integración del Derecho ante las lagunas de la ley», en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 15, La Habana, diciembre de 2010.
- Fuentes Águila, Marily y Eldis Bailly Rodríguez: «La motivación de la sentencia como acto de justicia y creación», en *Justicia y Derecho*, año 4, no. 7, diciembre de 2006.
- «Función judicial», en <http://www.encyclopediaelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=f&idind=698&termin0=>.
- «Gestión judicial y administración de tribunales», en <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/552.pdf>.
- Hernández de Armas, Gladys M.: «La motivación de la sentencia» (tesis de especialidad en Derecho penal), Universidad de La Habana, 2007.
- Ippolito Franco: «Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial», en CD del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, [s.a.].
- Jawisch. L.: *Teoría general del Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, [s.a.].
- «La carrera judicial en América Latina», en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/9.pdf>.
- «La construcción judicial de la democracia en América Latina», en <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/17153.pdf>.
- «La división de poderes y la función jurisdiccional», en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf>.
- «La función judicial», en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/la-funcion-judicial.pdf>.
- «La naturaleza de la función judicial: democracia e independencia», en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3455/13.pdf>.
- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución.*
- Maier, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, t. 1, Editorial Hammurabi, SRL, Buenos Aires, [s.a.].
- Martínez Remigio, Zareska: «Motivación de la sentencia en el proceso penal. Consideraciones acerca de la prueba indiciaria», en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, diciembre de 2005.
- Nader Kurí, Jorge: «Principios de la función judicial», en www.juridicas.unam.mx.

ONU: «Declaración universal de derechos humanos y resoluciones 40/32, 40/146 y 217 A», en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/la-funcion-judicial.pdf>.

Osorio, Manuel: *Diccionario de ciencias jurídicas*, ed. electrónica, Dalescau S. A., Guatemala.

Prieto Valdés, Martha *et al.*: «Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y su reconocimiento legal y jurisprudencial», en *Revista Jurídica*, no. 13, La Habana, 2006.

«Principios de la función judicial», en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/8.pdf>.

Remigio Ferro, Rubén: «Bases para fortalecer la gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial en Cuba» (tesis de la 2.^a edición del diplomado de Administración pública), La Habana, 2012.

Sosa Ravelo, Maricela: «La sentencia penal. Su vinculación con el principio de correlación imputación sentencia» (ponencia, I Congreso Nacional de Derecho procesal), Cienfuegos, 2006.

TSP: «Código de ética judicial».

TSP: «Informe de rendición de cuenta a la ANPP», La Habana, 2011.

Universidad de Alcalá: *Diccionario iberoamericano de derechos humanos fundamentales*, AECID, España, en <http://www.admóndejusticia.gob.es>.

Legislación

«Código orgánico de la función judicial de Ecuador», en <http://www.cedij.poderjudicial.gob>.

Constitución de la República de Cuba, 2019.

Ley No. 82, «Ley de los tribunales populares», Ediciones GEO, La Habana, 2002.

Ley No. 97, «Ley de los tribunales militares», Ediciones GEO, La Habana, 2002.

«Ley orgánica del poder judicial de España», en <http://www.uv.es/ivasp/LOPJ.DOC.pdf>.

«Ley orgánica del poder judicial de la Federación de E.U. Mexicanos», en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172.pdf>.

«Ley orgánica del poder judicial de Costa Rica», en <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leyorganicapoderjudicial.pdf>.

«Ley No. 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia de Colombia», en <http://www.senado.es/otrasdis/legislac/normas/LORG0279.html>.

«Ley orgánica del poder judicial de Perú», en <http://www.mpfj.gob.pe/ministerio/organica.php>.

«Ley orgánica del poder judicial de Venezuela», en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_41_sp.pdf.

«Ley orgánica del poder judicial de Nicaragua», en <http://www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/ley260.pdf>.

EN POS DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*Esp. Kenia María Valdés Rosabal, magistrada,
Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP*

Resumen: El presente trabajo sustenta las pautas procesales y sustantivas, bajo el enfoque de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), en los distintos procesos que implican la modificación de la capacidad de obrar de la persona en que concurre enfermedad o retraso mental, a fin de que pueda el juzgador modular su actuación siempre que no lo prive de total discernimiento. Soporte del efectivo ejercicio de los derechos subjetivos que le son inherentes, atendiendo al supremo principio de la dignidad plena del hombre, estas pautas validan presupuestos atendibles para sistematizar su tratamiento procesal por el cauce del proceso de conocimiento, como el más garantista y protector del régimen procesal cubano. Se concibe, mediante pertinente declaración judicial de los actos jurídicos, en qué requerirá de asistencia para su eficacia, de acuerdo con un régimen plural de protección; en armonía con los postulados que dimanan del expresado tratado internacional, visto en relación con la Instrucción No. 244, de 15 de abril de 2019.

Abstract: The present work supports the procedural and substantive guidelines, under the approach of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), in the different processes that imply the modification of the ability to act of the person in which illness or delay occurs mental, so that the judge can modulate his performance as long as he does not deprive him of total discernment. Support for the effective exercise of the subjective rights that are inherent to it, according to the supreme principle of the full dignity of man, these guidelines validate assumptible budgets to systematize his procedural treatment by the channel of the knowledge process, as the most guarantee and protector of the regime Cuban procedural. It is conceived, through pertinent judicial declaration of legal acts, what will require assistance for its effectiveness, in accordance with a plural protection regime; in harmony with the postulates arising from the expressed international treaty, seen in relation to Instruction number 244, dated April 15, 2019.

Palabras clave: convención, capacidad de obrar, discapacidad, incapacitación, enfermedad mental, autogobierno, gradación, restricción de la capacidad, derechos subjetivos, medidas de apoyo y salvaguardias.

Keywords: Convention, capacity to act, disability, incapacitation, mental illness, selfgovernment, gradation, capacity restriction, subjective rights, support measures and safeguards.

Sumario: Expediente de incapacidad. Restricción de la capacidad de obrar, por enfermedad o retraso mental. Medidas de apoyo. Restitución o graduación de la capacidad. Sentencias que ilustran la aplicación directa de la CDPD. Reflexión final. Recomendaciones. Bibliografía.

LA DIVERSIDAD SOCIAL impone a los jueces de hoy —en la solución de conflictos en que se juzga sobre la capacidad de las personas— dirigir el sentido común y de justicia, con la recta inteligencia que exigen las máximas de la inclusión, la igualdad, el acceso, la no discriminación, la integración y la concesión de equivalentes oportunidades para el sector más vulnerable de la sociedad, atendiendo, en todo caso, la primacía de la dignidad humana, inherente a toda persona, por ser derecho que prevalece sobre la diferencia que implica cualquier discapacidad, de cara a la interacción cotidiana de los ciudadanos, derecho que constituye la base para un adecuado y loable ejercicio de la función tuitiva que corresponde a los tribunales en el juzgamiento de la capacidad de obrar del individuo.

La Constitución de la República (CR),¹ en su preámbulo, declara: Nuestra voluntad de que la ley de leyes de la República esté presidida por este profundo anhelo, al fin logrado, de José Martí: «Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre».

Asimismo, los artículos 40, 42, 44, 45, 46, 88 y 89, indistintamente, regulan los derechos a la libertad y la dignidad plena del hombre, su disfrute y ejercicio, la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, la no discriminación, haciendo énfasis en que la lesividad del principio de igualdad está proscrita y es legalmente sancionada.

El Artículo 42 prevé que todas las personas son iguales ante la ley, están sujetas a iguales deberes, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana.

El Artículo 89 establece: El Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger y asistir a las personas con algún tipo de discapacidad. El Estado garantiza las condiciones requeridas para su rehabilitación o el mejoramiento de su calidad de vida.

Sentados los preceptos constitucionales que actualmente rigen, y los que dotan de contenido el tema, es de obligada referencia la CDPD² y su protocolo facultativo, aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), el 13 de diciembre de 2006, de la

¹ «Constitución de la República», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 5, de 10 de abril de 2019.

² Vid. <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>.

que Cuba es signataria desde el 26 de abril de 2007, así ratificada el 6 de septiembre del propio año.

Es un instrumento internacional destinado a proteger los derechos humanos y la dignidad de las personas con discapacidad (PCD). Los Estados parte que asumen la CDPD tienen la obligación de promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de estas personas y asegurar que gocen de plena igualdad ante la ley.

Sus antecedentes datan de 1980, cuando fue proclamado oficialmente el Decenio de las Naciones Unidas para los impedidos (1983-1992); en 1993, la AGNU aprueba las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; en 2000, se elabora la Declaración de Pekín, en la cual se le pide a los gobiernos apoyo para la convención internacional; y en 2001, la AGNU nombró a un Comité *ad hoc* para la elaboración de una convención que promueva y proteja los derechos y la dignidad de las PCD.

Suscribieron la Convención 81 Estados miembros y la Comunidad Europea, lo que representa el mayor número para la aprobación de un instrumento de derechos humanos en el día de su apertura a la firma, y 44 Estados miembros rubricaron el Protocolo facultativo.

Su Artículo 1 sienta como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las PCD y promover el respeto de su dignidad inherente. Asimismo, definió como tales a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Sus principales aportes se circunscriben a que reconoce de forma expresa:

- El concepto de discapacidad.
- El reconocimiento expreso de los derechos de las PCD.
- El paradigma de la accesibilidad como diseño universal.
- El concepto de capacidad legal.

El tratado internacional de referencia hace un cambio de paradigmas en el concepto de la discapacidad, con expresa distinción de que:

- La responsabilidad de eliminar las desventajas que afectan a las PCD ya no está en el individuo, sino en la sociedad y el Estado.

- No son los individuos los que tienen que cambiar y ajustarse para lograr la inclusión, sino la sociedad y el Estado.

- Para hacer posible el ejercicio de derechos y la participación efectiva de las PCD en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad, los Estados asumen como obligación la eliminación de barreras físicas y de actitud con la adopción de medidas de acción afirmativa y efectiva.

El Artículo 3 fija, como principios atendibles, los siguientes:

- El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.
- La no discriminación.
- La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- El respeto por la diferencia y la aceptación de las PCD, como parte de la diversidad y la condición humana.
- La igualdad de oportunidades.
- La accesibilidad.
- La igualdad entre el hombre y la mujer.
- El respeto a la evolución de las facultades de los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Los Estados parte, de conformidad con la previsión del Artículo 4, quedan obligados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, cuestión medular que permite aprobar y habilitar a los Estados firmantes las regulaciones y mecanismos idóneos e indispensables para la viabilidad de los derechos de las PCD y su efectiva protección por el sistema de Derecho de cada país.

Principales preceptos de recta observancia para la solución de conflictos, además de los principios generales delimitados en los artículos 1 y 3 de la CDPD, son los siguientes:

Artículo 9. Accesibilidad.

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

Artículo 13. Acceso a la justicia.

Artículo 22. Respeto a la privacidad.

Artículo 23. Respeto al hogar y la familia.

Artículos 27 y 28. Trabajo, empleo y protección social.

La importancia de la CDPD radica en que:

- Es el primer tratado de derechos respecto a la discapacidad con carácter vinculante en el ámbito de su aplicación, porque establece un diseño universal de protección a las PCD.
- Las anteriores normas de discapacidad de las Naciones Unidas, como el Programa de acción y las Normas uniformes, eran solo recomendaciones de políticas.
- En la práctica, las normas anteriores funcionaban como listas de buenas intenciones.
- No había un mecanismo de control o supervisión que las hiciera obligatorias.
- No cabe dudar la trascendencia que, en el ámbito de la protección a las personas en situación de vulnerabilidad, por concurrir en ellas alguna discapacidad, le es inherente a los postulados y principios que refrenda el citado instrumento jurídico internacional, regulaciones que nos

resultan vinculantes, con aplicación del Artículo 20 del Código civil (CC);³ por consiguiente, teniendo en cuenta los diversos conflictos que se presentan en la práctica judicial en el ámbito de la capacidad de obrar de las personas, la autora considera que resulta ineludible adecuar, en el ámbito procesal, la gradación de la capacidad de obrar restringida, en congruencia con la específica afectación que sufra la persona, de modo tal que aparezcan definidos los actos que por sí no podrá satisfacer, para los cuales requerirá de determinado complemento, mediante medidas de asistencia o apoyos, de cara a su validez, en cumplimiento de lo preceptuado en el Artículo 4 de la CDPD.

Al propio tiempo, la eficaz tutela de los derechos de las PCD supone una sustancial reforma al CC en cuanto al régimen normativo del instituto analizado, en lo concerniente a: regulación de la capacidad mínima del sujeto; definición de las necesidades normales de la vida diaria, clave para la ulterior determinación de los actos patrimoniales, personales y de sostenimiento que, según el grado de capacidad, podrá realizar válidamente la persona; las específicas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que sustentan la restricción de la capacidad de obrar; los elementos que definen el autogobierno del sujeto; y una definición de medidas de asistencia congruentes con un régimen tutelar plural.

La norma sustantiva cubana no prevé regulación que posibilite la graduación de la capacidad de obrar restringida, al tiempo que tampoco reconoce cómo instrumentar su asistencia mediante pertinente medida de apoyo, ni las pautas de obligada atención por el juzgador para determinar el válido ejercicio de los derechos subjetivos de la persona en la justa medida en que le sea factible ejercitarlos.

Los cambios que se introducen en el contexto social y económico cubanos requieren la adopción de un sistema plural de protección de las personas que no gozan de plena capacidad, coherente con la graduación de la capacidad de obrar restringida que posibilite al tribunal disponer la institución de guarda que resulte más afín con la necesidad de la persona para completar su eficaz actuación.

En efectiva respuesta a los llamados de la Convención para los Estados parte, se aprobó la Instrucción No. 244, de 15 de abril de 2019, dictada por el CG-TSP. La instrucción uniforma la práctica judicial en los procesos inherentes a la modificación de la capacidad de obrar, de goce o de ejercicio (artículos 30 b) y c) y 31 b) y c), CC). Sienta pautas procedimentales de recta observancia del proceso de incapacitación judicial, la restricción de la capacidad de obrar por razón de enfermedad o retraso mental y la restitución o graduación de la capacidad, según sea el caso.

³ «Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., 15 de octubre de 1987.

EXPEDIENTE DE INCAPACIDAD

La declaración de incapacidad en el ámbito judicial es de carácter excepcional, en tanto se traduce en la muerte civil de la persona.

Las modificaciones relevantes que introduce la instrucción en comento, en relación con la incapacitación judicial, conciernen a la presentación del inventario de bienes de la persona sobre la que se juzga su capacidad de ejercicio, es de carácter precautorio, con el objeto de asegurar su patrimonio hasta las resultas del proceso.

Se proveerá la tutela en el plazo de 30 días ulteriores a la *firmeza* de la declaración de la incapacitación de la persona, a instancia del fiscal, previa comprobación, o formulación de los inventarios iniciales, y en las propias actuaciones del expediente conformado al efecto.

La remoción del cargo se sustanciará, también, en las propias actuaciones y en el propio plazo que para proveer la tutela.

RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR, POR ENFERMEDAD O RETRASO MENTAL

Es presupuesto que la enfermedad o deficiencia física o psíquica no genere en la persona que la padece un estado incapacitante permanente, y que sus facultades cognoscitivas y volitivas no queden excluidas en toda su extensión, de modo que no se afecte completamente la potencialidad de entender o querer.

Se convocará a una audiencia con intervención de los parientes más próximos de la persona de que se trate, a fin de ser oídos, acto desde el cual se precisarán los elementos que el tribunal considere relevantes para la adopción del régimen de protección pertinente, sea de apoyo o de asistencia, mediante salvaguardias, si fuera procedente, entre aquellos que resulten más idóneos para cumplir la medida que se disponga.

El tribunal dispondrá la actuación del equipo multidisciplinario, en el caso de que lo considere necesario, para evaluar el nivel de autonomía y comunicación de la persona que requiere el apoyo, y recabar información de las personas que forman parte de su entorno (Apartado 10.1).

El tribunal examinará a la persona a la que se pretende modificar el ejercicio de la capacidad, con el objeto de corroborar, por sí, su autonomía personal, doméstica y social, para ponderar, con justo sentido racional, la dimensión real de su autogobierno.

De conformidad con el sentido del Artículo 1, el principio que regulan el 3 a) y el 12.3, vistos en relación con el 13, todos de la CDPD, se erigen en respuestas que validan la implementación de sus postulados, en la solución de los conflictos sometidos al arbitrio judicial.

La sentencia que se dicte en el proceso de modificación del ejercicio de la capacidad de obrar será de lectura fácil, de modo que le permita a la

persona entender, a su alcance, lo pronunciado respecto a su actuación y el apoyo o salvaguardias dispuestos.

Resolución de lectura fácil. Exige que sus contenidos sean resumidos y transcritos con lenguaje sencillo y claro, de acuerdo con las necesidades de la persona con discapacidad, de modo que le sea comprensible lo que se razona y dispone respecto a su capacidad de obrar (considerando específico de la propia sentencia).

Esto responde a los ajustes razonables que para los Estados parte prevé el Artículo 2 de la CDPD.

Ajustes razonables. Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Artículo 2, CDPD).

La sentencia que se dicte para modificar la capacidad de obrar deberá contener:

- Específico pronunciamiento sobre la extensión y límites de la capacidad de obrar restringida que posee el sujeto, como básica expresión de su graduación, dependiendo de la intensidad de la deficiencia o enfermedad que padezca y el grado de discernimiento o de la aptitud de gobernarse por sí mismo que haya quedado acreditada.

- Declaración de los actos que no podrá materializar la persona por sí, delimitándolos en sentido genérico (patrimoniales, personales, o de sostenimiento).

- Deficiencia o enfermedad, física o psíquica, que le produce al sujeto la limitación para el ejercicio de determinados actos.

- Régimen de protección al que quedará sometido el demandado, de ser procedente, así como la persona que ejercerá dicho cargo, de haberse solicitado, para el ejercicio de los actos específicos que no pueda materializar.

- Disposición de su inscripción en el Registro del estado civil correspondiente.

- En ningún caso, se hará pronunciamiento condenatorio sobre el pago de costas procesales.

Sobre los actos:

- **Patrimoniales.** Libertad e independencia en la actividad socio-económica, actos de disposición sobre bienes que integran su patrimonio. Sobre estos actos, habría que atender, según el caso, los de disposición y los de administración; entre los primeros, los de carácter gratuito y los onerosos.

- **De sostenimiento.** Que el sujeto pueda asumir y enfrentar los problemas de la vida diaria, en correspondencia con sus habilidades individuales de acuerdo con su edad y contexto sociocultural.

- **Personales.** Que le sea posible desarrollarse adecuadamente en su entorno, manteniendo su autonomía en relación con las necesidades físicas básicas, incluyendo alimentación, higiene y cuidado personal.

Sobre los grados (experticia médica):

- *Mínimo*. Posee determinada capacidad de desenvolvimiento doméstico, social y de administración económica propia, aunque simple.
- *Segundo*. Tendría capacidad para realizar sencillas funciones domésticas y gozaría de una condicionada y comedida orientación, pero no para operaciones monetarias en el contexto del comercio ordinario por naturales que resulten.
- *Tercero*. Carece de autonomía para realizar sus actividades higiénicas y de alimentación elementales, así como de ubicación o situación espacial hasta en lugares que le fueran conocidos.
- *Máximo*. Pérdida de autogobierno, con ausencia total de autonomía en todas las esferas de la vida.

El dictamen pericial es de carácter oficioso; corresponde al tribunal su diligenciamiento en coordinación con las instituciones y el personal calificado al efecto. Es de rigor que no sea conceptual, debe referir la específica enfermedad o padecimiento del sujeto, si es cíclica o con fases intermitentes, si sus efectos son temporales o permanentes, si es degenerativa, progresiva o regresiva, si la afección o patología alcanza a afectar los procesos psíquicos ordinarios del sujeto, al punto de enervar el ejercicio correcto de la inteligencia y voluntad, dígase la lucidez, juicio o raciocinio, entre otras consecuencias atendibles en el orden clínico, porque mientras la enfermedad no prive de aptitud para el autogobierno, no tendrá el carácter de causa legal de incapacitación, a pesar de que sea previsible su agravamiento en plazo que pueda vaticinarse, en tanto es criterio decisivo, no el origen somático o psíquico, ni el efecto más o menos global de la dolencia, sino la asociación causal entre esta y un estado mental anormal, grave y persistente.

Significa el profesor Pérez Gallardo:⁴ «[...] La CDPD da un giro copernicano a la manera en que se ha enfocado la discapacidad. De un modelo médico rehabilitador, en el que el dictamen médico se convierte en piedra angular para el juez, a los efectos de si una persona está o no en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, se pasa a un modelo de inserción social».

Medidas de apoyo (Artículo 12.3, CDPD)

El texto constitucional expresamente concede protección a las personas que presentan algún tipo de discapacidad, asumiendo el modelo social de inclusión y de igualdad de todas las personas ante la ley (Artículos 40, 74, 88 y 89, CR, en coherencia con el 1.2 de la CDPD, de 13 de diciembre de 2006).

La CDPD consagra las medidas de apoyo, postulando un cambio del modelo de sustitución, brindando orientaciones generales para los Es-

⁴ «Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica...».

tados parte, a fin de que, con sus legislaciones y mecanismos jurídicos internos, garanticen la integración de las PCD a la sociedad en todos los ámbitos; con el claro objeto de que mantengan su autonomía y autogobierno, aboliendo la tendencia de que resulten personas dependientes toda su vida, o buena parte de ella, para asumir como premisa que solo requieren de ayuda temporal y en determinadas esferas de actuación.

Los apoyos pueden ser de diferentes grados o modalidades en el ejercicio de la capacidad de obrar; según el caso sometido a juzgamiento, algunas personas requieren intérpretes, otras ayudas tecnológicas, otras son dependientes del desarrollo de redes de apoyo para tomar decisiones autodeterminadas.

Se requiere en las personas que tienen dificultades para tomar decisiones o para comunicarlas en las formas usuales. El régimen de protección de apoyo y asistencia es de carácter temporal, o circunstancial, puede ser único o múltiple.

Ahora, los asistentes del apoyo, para la toma de decisiones, deben ser salvaguardias para prevenir abusos, e interpretar la voluntad del asistido, en dependencia del grado de discapacidad, de cara a garantizar su derecho pleno a ejercerla dentro del límite de su actuación.

Apoyo: Atender el criterio de la mejor interpretación de la voluntad; tendrá como soporte la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones del consentimiento que haya realizado el sujeto en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra valoración pertinente para el caso concreto.

Funciones de los apoyos:

- Facilitar la comunicación de la persona titular del apoyo.
- Facilitar la comprensión de los actos que produzcan efectos jurídicos y sus consecuencias.
- Orientar a la persona titular del apoyo en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos.
- Facilitar la manifestación e interpretación de voluntad de la persona titular del apoyo.

Salvaguardias: Son medidas destinadas a asegurar que la persona designada como apoyo actúe conforme al mandato encomendado, respetando el derecho a la capacidad jurídica, la voluntad y las preferencias de la persona titular del apoyo y asegurando que no haya influencia indebida.

Dichas medidas son proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona titular del apoyo y deben constar en la sentencia de designación. Asimismo, debe indicarse el período de su ejecución.

Siempre que se disponga una salvaguardia, deberá consignarse:

- La identificación de la persona titular del apoyo.
- La identificación de la persona designada como apoyo.
- La determinación de los alcances y/o facultades de la persona designada como apoyo.
- La determinación de la duración de la designación del apoyo.

- Las medidas de salvaguardias y, de ser el caso, identificación de la persona encargada de verificar su cumplimiento.

Restitución o graduación de la capacidad (artículos 153.2 y 160.2, Código de familia, CF, y 585, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, LPCALE)

Si no quedara acreditada la capacidad plena que se pretende modificar, sobre la convicción de que la enfermedad mental que invalidó el actuar consciente y voluntario de la persona no remitió del todo, se procederá a graduar su esfera de acción, acorde con las reglas que se instruyen para declarar la restricción del ejercicio de la capacidad de obrar.

Cobra relevancia en la realidad jurídica cubana, atendiendo a la diversidad de conflictos que se suscitan en la práctica diaria en relación con la capacidad de las personas y su proyección en las distintas esferas de la vida, cuestión que debe encontrar obligado respaldo en el ordenamiento legal, mediante expresas disposiciones sustantivas y procesales que se atemperen a la decisiva repercusión que los derechos humanos adquieren frente al fenómeno de la discapacidad; y que permitan al juzgador ofrecer una tutela judicial que se adecue al derecho de todas las personas a participar activa, plena y efectivamente en sociedad, premisa que se concreta desde un factible cauce instrumental dotado de todas las garantías posibles que posibiliten fijar, a partir de la específica deficiencia, el efecto que produce en el individuo, para así determinar el grado de incapacidad que limita su proceder, con el consiguiente régimen de protección que requiera, así como su ulterior, sistemático y acucioso control judicial.

SENTENCIAS QUE ILUSTRAN LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CDPD

Casación 213-16, sentencia 752, de 30-9-16

«[...] de conformidad con los artículos 153.2 y 160.2 ambos del Código de familia y, aun sobre la orfandad del ordenamiento positivo cubano en sede familiar, en lo que concierne a un sistema plural de protección de cara a tutelar a la persona en la justa medida de su necesidad, *ha de observarse la previsión legal del artículo doce, apartado uno, en relación con el veinte, ambos del Código civil, para la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo contenido se erige sobre el modelo de la inserción social en colisión con el modelo tradicional de la incapacitación, como mecanismo de suplencia o sustitución de la capacidad de obrar*, y obliga a adoptar un sistema de apoyo o asistencia en la puntual proporción que la persona lo demande, según las específicas circunstancias en ella concurrentes, para el acto o negocio a realizar [...]».

Casación civil 117-17, sentencia 284, de 18-5-17

«[...] en las actuaciones se advierte la imposibilidad de tutelar la aprobación judicial de la división interesada a partir de fundamento que concierne a la existencia de una situación jurídica de cotitularidad sobre el inmueble objeto del forzoso desglose, entre el impugnante y su hijo CCR, declarado judicialmente incapaz por tribunal competente, nombrado el primero como su tutor y, por consiguiente, como representante y protector de su persona y bienes; copropiedad que si bien se integra nominalmente por cuotas predeterminadas en un setenta y cinco por ciento correspondiente a CM, y en un veinticinco por ciento a su pupilo, es de obligada atención para el tutor, dada la inferior participación de su representado, *procurar cualquier beneficio justamente para quien no le es posible salvaguardar por sí su patrimonio, por carecer de capacidad de obrar, quien al propio tiempo queda impedido por igual razón de emitir su consentimiento para el acto de disposición que el copropietario mayoritario solicita, cualidad que no basta para escindir y donar parte de la unidad física inmobiliaria de que se trata en perjuicio del sujeto que justamente se encuentra en desventaja patrimonial y cognitiva que lastra su facultad de gobernarse y de administrar sus bienes [...]*».

Casación civil 411-18, sentencia 576, de 31-8-18

«[...] la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, desde su artículo uno, y demás principios y regulaciones que configuran su objeto, evidencia el marcado fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad, de cara a suscitar el respeto de su dignidad inherente, lo que se traduce no solo en la tutela sustantiva que proceda, sino también en la de carácter procesal que resulte pertinente [...] nada se opone [a que] conozca y resuelva el tribunal de lo menos que, conforme a su competencia queda subsumido en lo máximo que le corresponde, concluir lo adverso se traduce en [...] cortapisa para la legítima salvaguarda de los intereses de quienes resultan, sea por razón de la edad o por enfermedad, personas limitadas en su capacidad de obrar que acuden en busca de una justicia expedita y efectiva, la cual, suministrada por partes y a través de procedimientos diversos, deviene en irrefutable lesión para el sujeto que la demanda [...]».

Casación civil 551-18, sentencia 729, de 28-9-18

«[...] consta acreditado [sic] las múltiples propuestas de permuta que antecederon [a] la formalizada en el dos mil catorce sin llevarse a vías de hecho por la inconformidad de la recurrente, sobre igual argumento, y es que no puede distanciarse de que la esquizofrenia paranoide de su descendiente, cualquiera que sea su diagnóstico clínico, es una enfermedad que representa desórdenes

mentales que siempre requieren de máximos cuidados y atenciones de sus familiares más cercanos, la correcta medicación conforme al tratamiento médico y la frecuencia debida a los centros de salud para el seguimiento adecuado de su patología, acciones que, igualmente, pueden desplegarse en el inmueble que deben pasar a ocupar, en tanto el solo hecho de que no se ubique en [la] planta baja no agrava, por sí, el estado de esquizofrenia del paciente, por descompensación o crisis, *si se siguen las pautas básicas que garantizan su estabilidad, creándole un entorno de apoyo y motivación que en cualquier circunstancia coadyuva a normalizar la situación del enfermo [...]*».

Casación civil 845-15, sentencia 1, de 18-1-16

«[...] atendiendo a la premisa que consagra *el artículo doce, apartado cinco, de la CDPD, toda medida de incapacitación ha de entenderse como lo que es, mecanismo de protección para el eficaz ejercicio de sus derechos mediante representación o asistencia, y nunca en el sentido de mutilar sus efectos*, especialmente si en el caso concreto era la testadora quien en vida, y mientras se lo permitió su estado de salud, se ocupaba en todos los órdenes de su hijo incapaz, fusionando los recursos monetarios que ambos como pensionados recibían, [los] cuales ascendían a unos cuatrocientos pesos en moneda nacional, insuficientes para solventar las necesidades primarias de una persona normal; de ahí que puedan colegirse concurrentes ambos requisitos, a saber, la inaptitud para trabajar y la sistemática ayuda monetaria que, de forma proporcional, recibía de su causante; elementos que ilustran la causal de nulidad que se aduce y que posibilitan conceder una tutela judicial efectiva en armonía con el propósito diseñado en el Artículo 1, y el principio que regula el Artículo 3, inciso a) [...]».

Casación civil 571-18, sentencia 753, de 28-9-18

«[...] que no demostró el inconforme que ese estadio del retraso ligero a moderado que padecía entonces la no recurrente involucionara, mucho menos para estimar racionalmente que ello le impida brindar a su hija el cariño, las atenciones, enseñanzas y protección adecuadas; [...] de todo lo cual se concluye que entender lo contrario a lo pronunciado por los órganos que tuvieron a su cargo el conocimiento del asunto, *se traduciría en sublimar el grado de vulnerabilidad específica que presenta la madre en inaceptable discriminación por razón de su discapacidad en menoscabo de sus derechos y los de su menor hija [...]*».

Casación civil 878-16, sentencia 996, de 30-12-16

«[...] *la Convención obliga a adoptar las mayores cautelas cuando intervienen personas así protegidas, que comprende el garantizar, para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, que se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir situaciones anómalas o confusas, y que tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajus-*

tes de procedimiento adecuados que faciliten el desempeño de las funciones y derechos efectivos de esas personas pero, en el caso, se obvió la situación de vulnerabilidad expuesta y no se dejó constancia alguna acerca del modo en que se conocieron las previsiones que la testadora adoptó para después de su óbito, tal es así que, en la redacción del documento notarial, aparecen las expresiones que identifican una comunicación normal entre otorgante y fedatario, cuando fueron categóricos los deponentes al reseñar que la otorgante, desde años atrás, se daba a entender mediante señas y que exteriorizaba su asentimiento con los ojos y la cabeza, lo que permite colegir que el testamento contenido en el instrumento público cuya ineficacia se pretende, en efecto se encuentra viciado de nulidad [...]».

Casación civil 1207-17, sentencia 296, de 26-4-18

«[...] por haberse justificado suficientemente [en] autos la condición de relevante discapacidad que padece la víctima del ilícito penal provocado por el actuar de quien recurre, de manera que se victimizaría doblemente a esta y a sus familiares, indudablemente afectados por tan sensible suceso en el orden espiritual y, a su vez, sujetos en lo material a altas erogaciones derivadas del cuidado y atenciones que requiere la perjudicada; pronunciamiento judicial que, por demás, se aviene al estricto sentido de protección a la víctima discapacitada que emana de la Convención [...] cuyos postulados serían letra muerta, si se desconoce la situación de vulnerabilidad demostrada de la persona beneficiada con el fallo judicial [...]».

Casación administrativa 249-18, sentencia 337, de 30-4-18

«[...] pues dejó de verificar de manera documental lo relativo a la supuesta titularidad que ostenta la inconforme sobre la vivienda señalada como lugar de retorno, y de dictaminar expresamente sobre sus condiciones de habitabilidad, habida cuenta de que en su núcleo familiar existen menores y discapacitados que requieren de especial protección o tutela en consonancia con lo regulado en el artículo treinta y cinco de la Constitución de la República de Cuba, y en las Convenciones internacionales sobre los derechos del niño y de las personas con discapacidad, en sus artículos veintisiete, apartado tres, y veintiocho, apartado uno, respectivamente; por consiguiente, dada la naturaleza y la sensibilidad del asunto que nos ocupa deberá ponerse en conocimiento del Consejo de Administración correspondiente la situación familiar que presenta la recurrente, para que se adopten las medidas gubernamentales pertinentes [...]».

REFLEXIÓN FINAL

De conformidad con el principio de dignidad humana, ha de dispensarse especial tutela a los derechos subjetivos de las personas que tengan restringida su capacidad por razón de enfermedad o retraso mental, ya sea para que los ejer-

citen por sí o mediante la asistencia de un tercero; con expreso reconocimiento del cúmulo de facultades que integran su contenido, tanto en el orden sustantivo como en lo procesal que, por la naturaleza de la cuestión de que se trata, debe propender a conceder judicialmente esa tutela en la gradación que corresponda; lo que tendrá lugar mediante suficiente cognición, indubitada probanza, contradicción y oficiosidad del juzgador. No obstante, pudiera instituirse con vista de futuro, mediante reforma normativa en el ámbito procesal, sobre la concepción de un cauce de conocimiento, flexible, óptimo y expedito, atendiendo a que incumbe al Derecho ofrecer una tutela diferente para personas diferentes, entre tanto nada obsta uniformar la práctica judicial en materia de capacidad de obrar, desde la tramitación del expediente de incapacidad, la gradación de la capacidad restringida y la restitución de la incapacitación o restricción declaradas.

RECOMENDACIONES

I. En el orden normativo, se sugiere:

A la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular: Para posibles modificaciones del vigente CC, la concepción normativa del estatuto de la capacidad de obrar restringida, debe orientarse a partir de las siguientes bases sustantivas:

1) Cuestiones fundamentales de la capacidad de obrar restringida y de su graduación, teniendo como base la capacidad mínima del sujeto, a modo de pauta esencial para la articulación de un modelo de graduación.

2) Definición de las necesidades normales de la vida diaria como postulado para la ulterior determinación de los actos patrimoniales, personales y de sostenimiento, según el grado de la capacidad de obrar restringida.

3) Específicas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que sustentan la restricción de la capacidad de obrar.

4) Los elementos que configuran el autogobierno del sujeto.

Medidas de asistencia que complementen la capacidad de obrar restringida, a partir de reconocer un régimen plural de protección.

II. En el orden institucional, se sugiere:

• Al Ministerio de Salud Pública:

Que, previa coordinación con los tribunales, asistan, mediante la experticia del personal médico autorizado, la actuación judicial en materia de la capacidad del individuo, de cara a la obtención de una situación de certeza en el pronunciamiento del juzgador, como garantía de una tutela judicial efectiva.

• Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social:

Garantizar la intervención de asistentes y trabajadores sociales en el diligenciamiento de las medidas cautelares que se adopten en el decurso del proceso, y su consiguiente y oportuna participación en el control del régimen de guarda que se disponga, con el objeto de salvaguardar la adecuada gestión y administración de la persona o bienes del sujeto, según corresponda,

y en aras de lograr superior efectividad en el cumplimiento de la específica medida de protección pronunciada.

BIBLIOGRAFÍA

- Díaz Alabart, Silvia: *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2013 de Protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Editora Ibermutuamur, Madrid, 2004.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, t. 1, 8.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1981.
- García Pons, Antonio: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español (La Convención internacional de 13 de diciembre de 2006)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: «Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos en función de asistencia: La inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo, que abre las puertas a la aplicación directa del Artículo 12 de la CDPD; personas con discapacidad: miradas jurídicas en clave convencional», en *Biblioteca de Derecho privado en América Latina*, Ediciones Olejnik, República Argentina, febrero de 2018.

Legislación

- «Constitución de la República de Cuba, proclamada el 24 de febrero de 1976, modificada por las leyes de 28 de junio de 1978 y de 12 de junio de 1992, leyes de reforma constitucional», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 7, de primero de agosto de 1992.
- «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, aprobada mediante resolución de la AGNU el 13 de diciembre de 2006», en <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf> [consulta: 12-5-14].
- «Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 15 de octubre de 1987.
- «Código penal de la República de Cuba, Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. esp., La Habana, 30 de diciembre de 1987.
- Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, 1.^a reimpr., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley No. 241/2006, de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 33, de 27 de septiembre del 2006.
- Código de familia de la República de Cuba, Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975, en vigor desde el 8 de marzo de 1975*, 2.^a ed. (anotada y concordada), Divulgación MINJUS, La Habana, 1987.

- «Ley del Registro del estado civil, Ley No. 51, de 8 de junio de 1985», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 50, La Habana, 22 de agosto de 1985.
- «Ley de las notarías estatales, Ley No. 50, de 28 de diciembre de 1984, MINJUS, 1986, y su Reglamento, contenido en la Resolución No. 70 del MINJUS de 1992», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 4, La Habana, 9 de junio de 1994.
- «Ley de la Fiscalía General de la República, Ley No. 83, de 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 8, La Habana, 4 de julio de 1997.
- «Ley electoral, Ley No. 72, de 29 de octubre de 1992», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 9, La Habana, 2 de noviembre 1992.
- «Código del trabajo de la República de Cuba, Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 20, ed. extraord., La Habana, 17 de junio de 2014.
- «Instrucción No. 216, de 17 de mayo de 2012, dictada por el CG-TSP, y su metodología anexa sobre las Reglas para la constitución y funcionamiento del Equipo multidisciplinario en el procedimiento de familia», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 21, La Habana, 22 de junio de 2012.
- «Instrucción No. 244, de 15 de abril de 2019», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 32, La Habana, 23 de abril de 2019.
- Dictamen No. 418, de 6 de septiembre de 2002, dictado por el CG-TSP.
- Anteproyecto del Código civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, agosto de 1979.
- Anteproyecto del Código civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, septiembre de 1985.

Alteración de los números de serie de carrocería
y motor de un vehículo

¿POR QUÉ NO INTEGRA EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE SELLOS Y EFECTOS TIMBRADOS?¹

Esp. María Caridad Bertot Yero
magistrada, Sala de lo Penal, TSP

Resumen: Este breve estudio se encamina a analizar, desde sus antecedentes históricos en la legislación cubana, el delito de falsificación de sellos y efectos timbrados, para establecer su diferencia con el de falsedad de documentos públicos. En este sentido, se ofrece una explicación de por qué volver sobre un tema que, aparentemente, había quedado subsanado, mediante pronunciamiento en sentencia de nuestro máximo órgano de justicia, pero que la práctica de los tribunales de instancia indica lo contrario. También se establece el objeto material de este delito, contemplado en el Artículo 249.1 a) del Código penal, y el sentido del término *marca* y, por último, el criterio adecuado de calificación de falsificación documental pública ante determinado supuesto fáctico.

Abstract: This brief study aims to analyze, from its historical background in Cuban legislation, the crime of forgery of stamps and stamped effects, to establish its difference with that of falsification of public documents. In this sense, an explanation is offered as to why to return to an issue that, apparently had been remedied, by means of a ruling in the judgment of our highest organ of justice, but which the practice of the courts of instance indicates otherwise. It also establishes the material object of this crime, contemplated in Article 249.1 a) of the Criminal Code, and the meaning of the term *mark* and, finally, the appropriate criterion of qualification of public documentary falsification before a given factual assumption.

Palabras clave: falsificación, documento público, marca, sello o cuño.

Keywords: Forgery, public document, brand, stamp.

Sumario: Razones para volver sobre un viejo debate. Antecedentes histórico-legislativos del Artículo 249.1 a) del Código penal: El objeto material en el Artículo 249.1 a): el sentido del término «marca». La falsificación documental pública como criterio adecuado de calificación. Bibliografía.

¹ Este trabajo es resultado de las acciones desarrolladas en el marco del grupo de investigación «El Derecho frente a los nuevos cambios sociales», del Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas; y se inscribe, además, en el proyecto de investigación I+D+I, «Corrupción y delincuencia económica. Estrategias preventivas y reactivas en el contexto de actualización del modelo socioeconómico cubano» (Ref. P7751MT001-001), ambos dirigidos por el Prof. Dayán G. López Rojas, a quien agradezco la colaboración prestada durante su realización.

RAZONES PARA VOLVER SOBRE UN VIEJO DEBATE

HE CONOCIDO EL debate que ha suscitado la calificación de falsedad de documento público por la que se decantó, en su día, la Sentencia No. 1916, de 7 de junio de 2006, dictada por la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado, en función de lo penal, del TSP, ante un supuesto de alteración —mediante troquelado— de los números de serie originales de la carrocería y el motor de un vehículo.

Confieso que conocí de ese hecho en particular alrededor de 2005, siendo entonces jueza del Tribunal Provincial Popular (TPP) de La Habana; en aquel momento, este territorio se conocía como Habana-campo y abarcaba parte de las actuales provincias de Artemisa y Mayabeque. El caso se conocía en la Sala Tercera, que correspondía a los municipios de Artemisa y Guanajay y, desde que se presentó el expediente de fase preparatoria, su presidenta, Esp. Migdalia Peñalver, comenzó a estudiar el tema y lo consultó con otros jueces del propio órgano jurisdiccional. Unos sostenían el criterio de que, por el soporte de que se trataba, no era un documento, pero sí una infracción administrativa; otros opinábamos que sí era un ilícito penal, pero debía subsumirse en la falsedad de sellos y efectos timbrados del Artículo 249.1 a), del Código penal (CP).

El tribunal sentenciador asumió la primera posición y absolvió de los hechos imputados, calificados por la acusación como constitutivos del delito de falsificación de documentos públicos. El fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley, y el tribunal de casación, en virtud de la Sentencia No. 1916, de 7 de junio de 2006, lo declaró *con lugar* y sancionó a los acusados como autores del señalado delito. Esta es la resolución que aparece citada y reproducida en el artículo «Falsedades documentales»,² del que soy autora, que ha reavivado el debate en torno a un asunto que pensé que ya estaba superado, luego del referido pronunciamiento de nuestro máximo órgano de justicia.

Recuerdo que, en aquel momento, traté la cuestión con Danilo Rivero García,³ como era común entre nosotros, desde que trabajábamos en el entonces TPP de Ciudad de La Habana (si tenía dudas, la consultaba, a su vez, con el Dr. Ugidos; este nos recomendaba estudiar algún libro o nos elaboraba un dictamen con sus criterios y, luego, volvíamos a analizar los temas en general). En esta ocasión, coincidimos en que la conducta era típica y debía subsumirse en la calificación que yo proponía. Al conocer de la sentencia de casación, no volvimos a tocar el asunto.

² Bertot Yero: «Falsedades documentales», en *Reflexiones desde la toga. La justicia penal en Cuba*, p. 220

³ Exjuez del TSP, abogado de la ONBC y profesor de la UH; falleció en La Habana el 28 de agosto de 2015.

Justo cuando estudiaba para elaborar el artículo ya mencionado, volví sobre el asunto y le pregunté si su opinión se mantenía; me sonrió ligeramente, con un poco de malicia, y me entregó el tomo VI de los *Comentarios al Código de defensa social*, de Diego Vicente Tejera y García —estudia la parte de las falsedades—, solo eso me dijo, pero yo insistí: «¡dime tu criterio!», le dije, y se limitó a contestarme: analiza los antecedentes, como Ugidos nos enseñó.

Para contestar el interrogante que da título a esta reflexión, utilizaré el método indicado por el Dr. Mario Ugidos, ilustre magistrado del TSP, tal como me lo recordara mi entrañable amigo Danilo.

ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 249.1 a) DEL CP

Bajo el Artículo 249 del vigente CP —Ley No. 62/1987—, se incriminan una pluralidad de comportamientos falsarios. Aquí solo interesa analizar la conducta prevista en el inciso a) del apartado 1, y más específicamente la de «falsificar marcas que se usen en las entidades estatales para identificar cualquier objeto o documento o como constancia de haberse realizado cualquier acto», por ser esta la que parece entrar en concurso aparente con el delito de falsificación de documento público (Artículo 250, CP) en aquellos casos en que se alteran los números de serie originales de la carrocería y el motor de un vehículo.

El antecedente más remoto de esta conducta se encuentra en el Artículo 285 del CP español de 1870, que sancionaba con penas de presidio y multa la «falsificación de los sellos, marcas, y contraseñas usados en las oficinas del Estado para identificar cualquier objeto o para asegurar el pago de impuestos». Por su parte, el Código de defensa social, de 1936, incriminó en el Artículo 360-A), apartado 1, el acto de «falsificar los sellos, marcas y contraseñas que se usaren en las secretarías de despacho, u oficinas del Estado, la provincia o el municipio para identificar cualquier objeto o documento o para asegurar el pago de impuestos». La Ley No. 21/1979 también sancionó esta conducta, tipificándola en el Artículo 302: «falsificar sellos o cuños, marcas o contraseñas que se usen en las entidades estatales para identificar cualquier objeto o documento o como constancia de haberse realizado cualquier acto»; y, de ahí, ha pasado, en términos casi idénticos, al vigente CP.

El objeto material en el Artículo 249.1 a) del CP: el sentido del término «marca»

Contrario a lo que pudiera pensarse, el objeto material de esta figura —sobre lo que recae la acción típica— no es el sello, el cuño o la marca ya estampados sobre un soporte, porque, una vez que ello acontece, dicha

huella es ya parte del continente y conforma con él una unidad funcional jurídicamente indivisible; de modo que la maniobra falsaria que tenga lugar sobre dicho sello, cuño o marca habrá de ser calificada conforme a la naturaleza del soporte que lo contiene, por lo que pudiéramos estar en presencia de cualquiera de las falsedades documentales.⁴

Lo que el legislador sanciona en la variante típica prevista en el Artículo 249.1 a) del CP es la alteración material ocasionada a los sellos, marcas y contraseñas entendidos como *instrumentos o utensilios* con los que se logra la identificación y especificación de una cosa. Así, cuando el precepto se refiere a *marcas*, no está aludiendo a la huella que queda impresa en el soporte, sino al «instrumento con que se marca o señala una cosa para diferenciarla de otras o para denotar su calidad, peso o tamaño».⁵ Y lo mismo vale para el sello, que es el «utensilio, por lo común de metal o caucho, que sirve para estampar las armas, divisas o cifras en él grabadas, y se emplea para autorizar documentos, cerrar pliegos u otros usos análogos».⁶

Estos instrumentos, por sí solos, no ofrecen garantía alguna para la fe pública. Su razón de ser es conferir autenticidad al soporte que los contiene, a fin de garantizar la funcionalidad social del objeto que circulará en el tráfico jurídico;⁷ por lo que parece que, a través de esta incriminación, el legislador ha querido adelantar la intervención punitiva y sancionar de forma independiente lo que es, en puridad, un acto preparatorio de falsificaciones posteriores: se reprime de modo autónomo la adaptación del instrumento que se empleará para falsificar.⁸

⁴ Otra cosa ocurre respecto a los sellos de correo y efectos timbrados —que son objetos materiales distintos a los referidos en el Artículo 249.1 a)—, pues las maniobras falsarias ejecutadas sobre estos, a saber: falsificarlos, introducirlos en el país ya falsificados, expenderlos, ponerlos en circulación, hacer desaparecer en ellos las señales de su inutilización legal, adquirirlos para usarlos, y usarlos, sí se reprimen en los subtipos previstos en los incisos b), c) y ch) del referido precepto.

⁵ Bustos Ramírez: *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2.ª ed., pp. 339-340; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez: *Derecho penal español, parte especial*, 17.ª ed., p. 950.

⁶ *Ídem*.

⁷ Una explicación sobre el bien jurídico protegido en las falsedades documentales, partiendo de las funciones que cumplen los documentos en el tráfico jurídico, puede verse en López Rojas: «¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del Artículo 250 del Código penal cubano», en Bertot Yero (coord.): *Reflexiones desde la toga...*, pp. 225-227.

⁸ Cfr. Artículo 12.3 del CP. Como ha destacado Villacampa Estiarte, «difícilmente se estampará la firma de un Ministro sobre un determinado soporte material sin la finalidad de crear un documento falso, y lo mismo cabe decir de los sellos que pertenecen a determinadas personas o entidades públicas, colocados generalmente en los documentos justamente para identificar al autor de los mismos. No cabe duda, pues, de que en estos casos habrá de acudirse a la falsedad documental, bien consumada, si el documento falso ha logrado completarse, o en grado de tentativa en los demás supuestos». Vid. *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, pp. 253-254.

La falsificación documental pública como criterio adecuado de calificación

Ya expliqué que la marca a la que se refiere el Artículo 249.1 a) del CP no es la huella que queda estampada en un soporte determinado, sino el *instrumento* que se emplea para lograr ese resultado; y está claro que, en los casos analizados, la maniobra falsaria recae sobre los signos estampados en un soporte (carrocería y motor), por lo que debe descartarse que estos supuestos califiquen como un delito de falsificación de sellos y efectos timbrados: no existe correspondencia entre el objeto material sobre el que recae la conducta tipificada en el Artículo 249.1 a) —instrumento— y el objeto de la maniobra falsaria en el caso analizado (soporte).

Sin embargo, no cabe duda de que la carrocería y el motor de un vehículo, en tanto soporte material expresivo de datos con relevancia jurídica atribuibles a una persona —a una persona jurídica, en este caso—, califica como *documento*.⁹ Lo que ocurre es que estamos en presencia de lo que la doctrina denomina *documento compuesto o portador de referencia*, que resulta de la unión de un documento escrito con un objeto sobre el que el primero toma referencia;¹⁰ y respecto a que «la protección contra la falsedad no se extiende solamente a la declaración que toma como referencia a un objeto

⁹ Pérez Pérez: «Delitos contra la fe pública», en Colectivo de autores, *Derecho penal y especial*, t. 1, pp. 284-286. Asimismo, en la doctrina española, entre otros: Villacampa Estiarte: *Op. cit.*, pp. 62 y ss.; y Arroyo de las Heras: *Los delitos de estafa y falsedad documental*, pp. 150-153. Como ha afirmado recientemente Peñaranda Ramos, la doctrina y la jurisprudencia de ese país coinciden en entender el concepto penal de documento «como una declaración materializada en un objeto —función de perpetuación—, que da a conocer a su autor —función de garantía— y está destinada y es apta para servir de prueba de un hecho jurídicamente relevante —función probatoria—». *Vid.* «Falsedades documentales (Consideraciones generales)», en Molina Fernández (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre*, p. 1658. En esta línea resulta interesante el pronunciamiento contenido en la sentencia del Tribunal Supremo español de 31 de enero de 1997, en la que se razonó que «la matrícula reúne los elementos que caracterizan a los documentos, toda vez que a través de su forma externa inconfundible corporiza una declaración de la autoridad correspondiente respecto del vehículo al cual se encuentra adherida, que es idónea tanto para probar quién es su propietario como la autorización para circular que concede dicha autoridad». Y lo mismo afirma en relación con los números de bastidor (carrocería), valorando que «en estos casos se trata de signos firmemente ligados a un objeto que corporiza una declaración del fabricante respecto a la producción del vehículo que permite probar su identidad [...]». La práctica judicial cubana ha asumido una concepción amplia de *documento*, descartando la interpretación que lo reduce al documento escrito (*vox mortua*), y es por ello que califica como tal el soporte metálico de las carrocerías y motores de los vehículos, sobre el que se ejecutan las adulteraciones.

¹⁰ A favor de entender como documentos compuestos la placa de matrícula y el número de chasis o de motor unidos al automóvil, Villacampa Estiarte: *Op. cit.*, p. 90. Sobre el concepto de *documento compuesto*, *vid.*, por todos, Villacampa Estiarte: *Op. cit.*, pp. 89-91; Muñoz Conde: *Derecho penal, parte especial*, 19.^a ed., p. 682.

u otra declaración, sino al complejo, de manera que el cambio del objeto de referencia pueda reputarse como falsificación o alteración del documento».¹¹

Como se sabe, los números de serie —números y letras— plasmados en la carrocería y el motor de un vehículo son los datos que toma el Registro de Vehículos del Ministerio del Interior al momento de la inscripción, por lo que pasan a conformar el asiento registral y se consignan, además, en la *licencia o permiso de circulación del vehículo*. Así, los *números de serie* de la carrocería y el motor, los datos registrados en el expediente del vehículo y el *permiso de circulación* conforman entre sí un documento compuesto de naturaleza pública,¹² que ha de mantener la necesaria identidad referencial para cumplir con su funcionalidad social, esto es, permitir el control sobre los aspectos técnicos y legales de los vehículos de motor que circulan en el país.¹³

Por lo tanto, las manipulaciones falsarias ejecutadas sobre cualquiera de estos soportes, en tanto afectan la mencionada identidad referencial y, con ello, las funciones probatoria y de garantía que estos datos cumplen en el tráfico jurídico,¹⁴ integran el delito de falsificación de documentos públicos (Artículo 250, CP), siempre que concurren, claro está, las demás exigencias típicas de esta figura penal.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo de las Heras, Alfonso: *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

Batista Veranes, Plácido: «Comentario sobre una polémica sentencia», en *Justicia y Derecho*, no. 15, año 8, La Habana, diciembre de 2010; y la propia sentencia 1916 de 2006.

Bertot Yero, María C.: «Falsedades documentales», en María C. Bertot Yero (coord.), *Reflexiones desde la toga. La justicia penal en Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 2017.

Betancourt, Ángel C.: *Código penal*, 2.^a ed., Imprenta y Papelería de Rambla, La Habana, 1922.

¹¹ Villacampa Estiarte: *Op. cit.*, p. 91. Al decir de esta autora, en estos casos, solo puede hablarse de documento «en tanto la unión permanezca, puesto que, en caso de separación de la declaración y el objeto al que la misma se refiere, desaparece la condición de documento de la unión» (p. 90).

¹² Los registros oficiales son documentos públicos conforme al Artículo 281.3 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, a cuyo tenor literal remite el apartado primero de la Instrucción No. 108, de 27 de abril de 1983, del CG-TSP.

¹³ Sobre el objeto y funciones del Registro de Vehículos del Ministerio del Interior, *cfr.* artículos 215 y 216 de la Ley No. 109/2011, Código de seguridad vial.

¹⁴ La función probatoria resultará afectada cuando la alteración del documento afecte a aquello que el documento debe y puede probar; y se lesiona la función de garantía cuando la falsedad no permita identificar al autor de la declaración de voluntad. *Vid.* López Rojas: *Op. cit.*, pp. 225-227.

- Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2.^a ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- López Rojas, Dayán G.: «¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del Artículo 250 del Código penal cubano», en María C. Bertot Yero (coord.), *Reflexiones desde la toga. La justicia penal en Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 2017.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho penal, parte especial*, 19.^a ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Peñaranda Ramos, Enrique: «Falsedades documentales (Consideraciones generales)», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- Pérez Pérez, Pedro: «Delitos contra la fe pública», en Colectivo de autores, *Derecho penal especial*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- Rodríguez Devesa, José M. y Alfonso Serrano Gómez: *Derecho penal español, parte especial*, 17.^a ed., Editorial Dykinson, Madrid, 1994.
- Tejera y García, Diego Vicente: *Comentarios al Código de defensa social*, t. VI, Jesús Montero Editor, La Habana, 1948.
- Villacampa Estiarte, Carolina: *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Editorial CEDECS, Barcelona, 1999.

LA EMPRESA ESTATAL COMO SUJETO ESENCIAL: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

*Lic. Yolanda Pino Martínez, presidenta,
Sala de lo Económico, TPP de La Habana*

*Lic. Alina Bielsa Palomo, magistrada,
Sala de lo Económico, TSP*

«Construiremos nuestra economía, base material de la justicia social,
y será la empresa estatal socialista
el cimiento principal de esa construcción».

AGUSTIN LAGE DÁVILA

Resumen: El Decreto No. 335 de 2017, «Del sistema empresarial estatal cubano», reguló las funciones genéricas que debe observar la empresa estatal en sus relaciones económicas; sin embargo, subsisten insuficiencias que limitan la eficiencia y la gestión empresarial del principal sujeto de la economía cubana, llamado a ser el pilar fundamental que garantizará el carácter socialista de las transformaciones económicas y el logro de los objetivos trazados.

Abstract: Decree number 335 of 2017, “On the Cuban state business system,” regulated the generic functions that the state company must observe in its economic relations; However, there are still inadequacies that limit the efficiency and business management of the main subject of the Cuban economy, called to be the fundamental pillar that will guarantee the socialist character of economic transformations and the achievement of the objectives set.

Palabras clave: empresa estatal, responsabilidad de la empresa estatal, funciones de la empresa estatal.

Keywords: State enterprise, responsibility of the state enterprise, functions of the state enterprise.

Sumario: Breve reseña histórica. La responsabilidad de la persona jurídica estatal en Cuba. Funciones de la empresa estatal *versus* conflictividad. Conclusiones. Bibliografía.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

DESDE EL TRIUNFO de la Revolución, en 1959, la actividad empresarial estatal cubana se ha estado moviendo por distintos niveles de centralización y descentralización.

Partimos de la organización consolidada de los años 60 con predominio de un sistema empresarial altamente centralizado, con unidades productivas de gran tamaño, en el que la pequeña y mediana empresa tenían muy poco espacio, y su restructuración posterior por el Sistema de dirección y planificación de la economía, implantado en 1975, con una política de gestión más descentralizada.

En 1986 se inicia el proceso de rectificación de errores y tendencias negativas, orientado, entre otros aspectos, a resolver los problemas del Sistema de dirección y planificación de la economía, del que se derivaron medidas en tres direcciones fundamentales: hacia la reducción de los espacios de mercado, agilizar la toma de decisiones y reducir la autonomía. En cuanto a la primera, fueron medidas: la eliminación del mercado libre campesino y la regulación del trabajo por cuenta propia, entre otras. Pasan funciones ministeriales a las uniones, lo que supuestamente debió haber agilizado la toma de decisiones y buscado su descentralización. No obstante, la eliminación de los fondos descentralizados y la creación de uniones empresariales abarcadoras devinieron efecto contrario de centralización y reducción de la autonomía empresarial lograda anteriormente.

Así arribamos a la década del 90 con la necesaria transformación del entorno en que actuaba el sistema empresarial, surgiendo la necesidad de que se adoptaran una serie de cambios económicos, con el objetivo de enfrentar el período especial que vivía el país, sin menoscabar las conquistas sociales alcanzadas hasta ese momento. La introducción de esquemas de autofinanciamiento en divisas, de las sociedades mercantiles ciento por ciento cubanas, el fomento acelerado del turismo como motor de la economía, la reorganización de los organismos de la Administración Central del Estado, la adopción de medidas para sanear las finanzas internas: revaluación de categorías financieras, eliminación de gratuidades, restricción de subsidios por pérdidas, la ampliación y perfeccionamiento del sistema tributario, reformas en la agricultura, así como la apertura a la inversión extranjera en Cuba, con la participación de empresas estatales dotadas de autonomía para su gestión, favoreció en mayor medida un nivel de descentralización y de eficiencia.

En julio de 1992, se introducen significativas modificaciones a la Constitución (CR) y, con ello, la redefinición del régimen de la propiedad socialista contenido en el Artículo 14, que reconoce la propiedad socialista sobre los medios fundamentales de producción y no sobre todos ellos, como se establecía anteriormente, y la existencia de otras formas de propiedad respecto a estos medios.

Para 1994 se introduce la dualidad monetaria y cambiaria, lo que generó un escenario complejo en el control de las empresas que operaban en divisas. En aras de su solución, en 1998, se implanta el sistema de perfeccionamiento empresarial.

La crisis energética que el país enfrentó en el segundo semestre de 2004, junto al recrudecimiento del bloqueo económico de Estados Unidos,

provocó que nuevamente el país pasara a controlar centralizadamente el uso de las divisas, tomando en cuenta el crecimiento de las tensiones financieras externas.¹

Tal situación obligó a que se adoptaran medidas como la concentración de la divisa con que contaba el país en la Caja Central del Banco Central de Cuba, que devino afectación de la gestión empresarial.

En esas circunstancias, arribamos al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el que se aprueba la Política económica y social del Partido y la Revolución, como un elemento esencial para elevar el nivel de eficiencia de la economía nacional, en un escenario tan complejo como el que caracterizó a los primeros años de la crisis de los 90.

En el Artículo 18 de la CR, ubicado entre los fundamentos económicos, se establece que, en nuestro país, rige un sistema de economía socialista basado en la propiedad de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción como la forma de propiedad fundamental y la dirección planificada de la economía nacional, siendo la empresa estatal socialista su sujeto principal, para lo cual esta dispone de autonomía en su administración y gestión, desempeña el papel primordial en la producción de bienes y servicios y cumple con sus responsabilidades sociales. De ahí que los fundamentos jurídicos del sistema empresarial cubano estén dirigidos a establecer los principios para planificar, organizar, administrar, ejecutar y controlar la obtención y el uso eficaz y eficiente de los recursos financieros y la actividad económica de la empresa estatal para el cumplimiento de las políticas, los programas y la prestación de los servicios del Estado.

El Artículo 26 de la CR refrenda que el Estado crea y organiza entidades empresariales estatales para el desarrollo de las actividades económicas de producción y prestación de servicios. Estas empresas responden por las obligaciones contraídas con su patrimonio, en correspondencia con los límites que determine la ley, y el Estado no responde por las obligaciones contraídas por las entidades empresariales estatales ni estas tampoco por las de aquel.

Esa autonomía del sistema empresarial estatal continúa siendo una motivación que requiere de la transformación de la actuación de la empresa estatal y de la responsabilidad en el cumplimiento eficiente de sus funciones.

Si bien el proceso gradual de cambios emprendidos en ese ámbito, a partir de 2011, se ha trazado la separación de las funciones estatales de las empresariales, el incremento de los niveles de organización y eficiencia, así como garantizar que las entidades se recapitalicen y transformen los mecanismos de distribución de las ganancias, y la aprobación de nuevas normas jurídicas sobre el sistema empresarial cubano representan un paso de avance en su consecución, también es cierto que, a la par, se requiere

¹ Rodríguez: «Cuba y la compleja transformación de la empresa estatal».

un cambio de mentalidad en el enfoque práctico de los encargados de su aplicación.

LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA ESTATAL EN CUBA

Las personas jurídicas, tal como las define el Código civil (CC) cubano en su Artículo 39.1, «son entidades que, poseyendo patrimonio propio, tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones».

De este concepto se destacan los rasgos que las caracterizan: patrimonio propio, unidad orgánica, responsabilidad independiente y actuar jurídicamente en nombre propio.

La unidad orgánica relacionada con la estructura que toma la persona jurídica para cumplimentar los fines propuestos y la responsabilidad independiente implica que, jurídicamente, adquiere derechos y obligaciones que cumple con su patrimonio.

El Artículo 41 del CC estipula que «las personas jurídicas, para ejercer sus actividades, tienen la capacidad que determine la ley, sus estatutos o reglamentos». Sin embargo, no se establece una clasificación específica de aquellas, sino que, en el Artículo 39.2, fija que, además del Estado, lo son las empresas y uniones de empresas estatales; las cooperativas; las organizaciones políticas, de masas, sociales y sus empresas; las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes; las fundaciones; las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades; y las demás entidades a las que la ley confiere personalidad jurídica.

Las personas jurídicas en Cuba pueden ser estatales y no estatales. Es la primera la que mantiene un carácter preponderante en razón del sistema sobre el que se erige nuestra economía, en el que prevalece la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción.

Centraremos el desarrollo de este artículo en las empresas estatales, por ser las que más intervienen en los procesos judiciales que se tramitan en las salas de lo Económico del Sistema de Tribunales cubanos (STP) y el importante rol que desempeñan en nuestra economía.

El Artículo 739² de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE) establece que las salas de lo Económico de los tribunales populares conocen y resuelven litigios entre personas naturales o jurídicas, definiendo su Artículo 751³ cuáles pueden ser parte en los procesos de lo económico, entre ellas, las empresas, uniones y demás organizaciones económicas estatales, cualesquiera que sean las formas

² Introducido por el Decreto Ley No. 241 de 2006, que reguló el procedimiento de lo económico, que se adiciona como cuarta parte a la LPCAL, pasando a denominarse LPCALE.

³ *Idem.*

que adopten conforme con la ley y los órganos y organismos del Estado y demás unidades presupuestadas.

La empresa estatal, como instrumento de política económica, puede tener orientaciones muy variadas; su mera existencia por sí sola no dice nada, sino que tiene que ser vista en pos de los intereses del Estado, teniendo en cuenta los objetivos a que se dirige. «Es una entidad con personalidad jurídica y patrimonio propio, creada para la producción de bienes y la prestación de servicios, a los efectos de cumplir de manera eficiente su gestión empresarial, conforme el plan anual aprobado».⁴

Destacan entre sus características que cubre los gastos con sus ingresos, es de propiedad estatal y se integra a las organizaciones superiores de dirección empresarial (OSDE).⁵ Responde por sus obligaciones con sus recursos financieros y por los daños y perjuicios que ocasione,⁶ lo que se ajusta al precepto constitucional que refrenda que el Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son regulados por la ley.⁷ Estas empresas y entidades responden por sus obligaciones solo con sus recursos financieros, entre las limitaciones establecidas por la ley. El Estado no responde por las obligaciones contraídas por las empresas, entidades u otras personas jurídicas y estas tampoco lo hacen por las de aquel.⁸

En correspondencia con la actualización del modelo económico cubano, resultaba esencial un reordenamiento del régimen jurídico de la contratación económica, encaminado a establecer una normativa que reconociera y dotara de una mayor autonomía contractual a los sujetos de la contratación y que contribuyera a elevar la responsabilidad de estos en el cumplimiento de sus obligaciones, eliminando así la dispersión legislativa existente en esa materia, erigiéndose de esa forma el Decreto Ley No. 304, que regula, entre otros aspectos, la responsabilidad contractual.⁹

Dicha normativa preserva como única fuente supletoria el CC, aplicable a la responsabilidad patrimonial por actos ilícitos de las personas jurídicas estatales. Ante ausencia de reglas generales, «las normas relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos se aplican, en lo pertinente, en los casos de incumplimiento de las obligaciones».¹⁰

⁴ Artículo 12.1 del Decreto No. 335, «Del sistema empresarial estatal cubano».

⁵ El Decreto No. 335 las instituye fundamentalmente para sustentar la separación de las funciones estatales de las empresariales, sobre la base de una mayor racionalidad económica y simplificación de los procesos de dirección (Artículos 4 al 11).

⁶ Artículos 12 y 15 del Decreto No. 335.

⁷ Artículo 17, CR.

⁸ *Idem*.

⁹ Capítulo IX, De la responsabilidad por incumplimiento del contrato (Artículos 81 al 90).

¹⁰ Artículo 294, CC.

La empresa estatal, como persona jurídica, es responsable civilmente, por lo que responde por sus incumplimientos y por los daños y perjuicios que genere como consecuencia de sus actos ilícitos.¹¹

La responsabilidad civil de las personas jurídicas, de acuerdo con sus fines eminentemente patrimoniales, sea contractual o extracontractual, tiene como funda el deber cumplir con la obligación, la reparación del daño, la indemnización de perjuicios y el pago de los intereses moratorios pactados, en el caso de las obligaciones pecuniarias y, aunque existen criterios doctrinales de la responsabilidad contractual y la extracontractual en su relación con las personas jurídicas, no cabe duda de que para estas, y especialmente las empresas estatales, se enmarcan perfectamente.

Aunque las empresas estatales son esencialmente objeto de la contratación y encajan dentro de la llamada responsabilidad civil contractual, cuando se incumple la obligación preexistente en un contrato, de igual forma, responden por la nueva obligación que surge en razón del daño o perjuicio que generen. La responsabilidad civil extracontractual es la consecuencia jurídico-civil de la infracción del deber general de no causar daños a los demás; por tanto, la empresa estatal inserta en el medio económico social puede ser sujeto de ella, al realizar acciones u omisiones ilícitas sin un vínculo obligacional previo.

Al respecto, la Sentencia No. 110, de 2 de noviembre de 1999, de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, precisa que:

[...] dando por valedero el concepto de responsabilidad civil que admite la doctrina moderna, que lo estima como la obligación que adquiere una persona cuando vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otra por una norma legal, a la reparación del daño producido, y que clasifica en responsabilidad contractual y en extracontractual o aquiliana, en franca referencia esta última a la *Lex Aquilia de damno*, diferenciándose estas en que en la primera existe una relación jurídica anterior al daño entre el sujeto que lo causa y el que lo sufre, como ocurre en el caso del incumplimiento de un contrato, en tanto que en la segunda se adquiere igual obligación por la producción de un daño a una persona sin que exista una previa relación jurídica, pues implica la transgresión de una norma de Derecho objetivo que impera entre las partes sin necesidad de su aceptación, y se trata, en última instancia, de la infracción del principio o deber general de no causar daño a otro (*neminem laedere*), es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás, habida cuenta de que la antijuricidad recae sobre una obligación de carácter genérico que pesa sobre las personas [...].

¹¹ Artículo 81 del Decreto Ley No. 304 y 95 del CC.

FUNCIONES DE LA EMPRESA ESTATAL VERSUS CONFLICTIVIDAD JUDICIAL

La empresa en una economía de mercado tiene como principal función la de organizar y dirigir básicamente el proceso de producción, durante el cual asume riesgos que se matizan por los principios de responsabilidad y control. A esta función, en no pocas ocasiones se le trazan líneas de actuación por los organismos estatales de planificación y dirección económica que cercenan su autonomía.

El Decreto No. 335 estableció funciones empresariales genéricas. Sin embargo, aunque a corto tiempo de ello, el cumplimiento de estas, aún hoy, se contraponen a la realidad imperante.

Aunque la empresa estatal está obligada a cumplir con esta función, son innumerables los procesos en los que se quebrantan las regulaciones del Decreto Ley No. 304, «De la contratación económica», y el Decreto No. 310, «De los tipos de contrato», ambos de 2012; en este sentido, se advierten contratos formales, esquemáticos, copias textuales de su contenido sin ajustarlos al negocio jurídico concreto, irregularidades en los procesos de licitación, existencia de cláusulas abusivas, excesivamente onerosas para una de las partes, entre otras insuficiencias. Estas disposiciones son de carácter general y expresan la significación de los contratos, como parte importante del sistema económico, pero no excluyen la autonomía de las partes en el establecimiento de las cláusulas contractuales, de manera que se cumplan eficientemente las obligaciones que convengan.

Es esencial que la empresa estatal ejecute una eficiente gestión de cobros y pagos, que permita lograr la liquidez necesaria para cumplir sus obligaciones económicas. Más del 85% de los asuntos que hoy se someten a nuestro órgano están asociados a los impagos en que incurren las empresas estatales, lo que evidencia la falta de eficacia en el cumplimiento de sus obligaciones. En otros, colocado el conflicto en sede judicial, se desisten las demandas en el proceso e, incluso, inmediatamente después de presentadas en el tribunal. Asociados a estos, se encuentran las reclamaciones del interés moratorio pactado que, ante el incumplimiento, impone una carga pecuniaria superior a la empresa, en detrimento de su presupuesto.

La Instrucción No. 215 de 2012, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, reguló, en su apartado primero, que los tribunales de la jurisdicción económica, en los procesos sometidos a su conocimiento, exigirán que, junto a la demanda, se acompañen los documentos que acrediten la realización previa de gestiones de cobro de la deuda o del cumplimiento de la obligación en que se fundamenta la reclamación.

La observancia estricta de tal función pudiera hacer pasar inadvertido dicho requisito en la admisión a trámite de las demandas que se presentan ante las salas de lo Económico; en contraposición, es la no acreditación de

esas gestiones, con las entidades deudoras, una causa de inadmisión de muchas de ellas, a lo que se une por otra parte la insuficiente diligencia a la hora de reclamar o conciliar.

Entre las deficiencias que se presentan más a menudo están las siguientes: entidades residentes en un mismo municipio se envían reclamaciones de cobro por la vía del correo ordinario, los convenios de pago son suscritos por un gestor de la empresa acreedora con la recepcionista o custodio de la deudora, y abunda la utilización de modelos formales preestablecidos.

Cometido tan importante como el de elaborar el procedimiento para la organización de los abastecimientos y las compras de insumos o productos que garantizan la producción, los servicios y demás actividades que se desarrollan en la empresa es irrespetado y motivo del incremento de las demandas que exigen indemnizaciones por daños y perjuicios, o el cobro de la sanción pecuniaria, expresada en una suma alzada, de cuya cuantía la parte infractora está obligada a pagar a la perjudicada con motivo del incumplimiento contractual,¹² en detrimento de su presupuesto.

En igual sentido, ante la posibilidad de incumplimiento, no existen comunicaciones entre las partes, conforme con el principio de buena fe contractual, que les permitan adoptar medidas efectivas que tiendan a disminuir su efecto.¹³ Gran número de empresas comparecen con defectos en los contratos económicos, el instrumento jurídico que supone la seriedad de las partes en cuanto a la capacidad de cumplimiento de los términos fijados, ubicándose los incumplimientos, en no pocos casos, en la ligereza con que se asumen los compromisos productivos en cantidad y calidad por encima de sus posibilidades reales, sin adoptar medidas para mitigar el efecto lesivo que la falta de objetividad en el plan puede generar.

El Decreto Ley No. 304, como normativa que reconoce y dota de una mayor autonomía contractual a los sujetos de la contratación, en aras de contribuir a elevar su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, en su capítulo V, referido al contenido general del contrato, describe cómo deben expresarse en el contrato los parámetros de calidad requeridos, así como los métodos y procedimientos a emplear para su comprobación y que, cuando la calidad no ha sido pactada ni puede ser determinada basándose en este, la prestación debe ser de una calidad razonable y en ningún caso inferior a la media generalmente aceptada, de acuerdo con el uso o aplicación de la mercancía o utilización del servicio (Artículo 39). De igual forma, convoca a acordar los plazos de garantía comercial atendiendo a la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato, o en su caso, de acuerdo con las normas vigentes (Artículo 40), aspecto que se aprecia vulnerado en los procesos que, por incumplimiento de los parámetros de calidad se nos presentan, obviando asimismo los que, de

¹² Artículo 51 del Decreto Ley No. 304.

¹³ Artículo 83.1. Actuación frente al incumplimiento, Decreto Ley No. 304.

manera específica y atendiendo a la relación que establecen las partes, aparecen recogidos en los contratos definidos en el Decreto No. 310.

La función de elaborar el procedimiento de la planificación empresarial y presentar y defender su plan anual obliga a las empresas estatales a ser objetivas en la proyección del plan, teniendo en cuenta todos los contratos que se requieran para su cumplimiento, sobre la base del principio de interés general (Artículo 8), por el que las partes, en la concertación, interpretación y ejecución de un contrato, deben cumplir las regulaciones administrativas y no contravenir o dañar el interés público ni la economía nacional.

Para un eficiente cumplimiento de lo planificado no puede faltar en el contrato la descripción exhaustiva de los bienes y servicios que van a ser objeto de las prestaciones, cumpliendo los requisitos de posibilidad, licitud y determinación (Artículo 33).

Entre los fundamentos jurídicos del Sistema empresarial cubano aparece el de la contratación económica, cuya uniformidad ha estado encaminada a preservar los principios del Derecho económico en la tutela de los intereses del Estado, y en dirigir y controlar los planes de nuestra economía en beneficio de la sociedad. Para contribuir con ello, se requiere del establecimiento de mejores relaciones contractuales económicas entre las diferentes entidades que conforman el aparato empresarial en Cuba, de manera que actúen eficientemente para hacer frente a la economía nacional, respetando el orden jurídico-económico establecido y el papel del contrato económico en la organización de las relaciones monetario-mercantiles y de cooperación entre las empresas, y que así aseguren el cumplimiento de las obligaciones que asuman en su concertación.

En el Artículo 20 del Decreto No. 335 se instituye a las unidades empresariales de base como divisiones internas que se crean por la OSDE o la empresa, para organizar los procesos de producción de bienes y prestación de servicios, las que actúan con independencia relativa, se subordinan al jefe de la entidad que las crea y no tienen personalidad jurídica ni patrimonio propio. Es la única estructura a partir de la cual se organizan todos los procesos de producción o de prestación de servicios; puede crearse con carácter temporal o permanente, en correspondencia con las características del proceso que realicen.

CONCLUSIONES

El Decreto-Ley No. 334 y los decretos 334, 335 y 336, contentivos de pautas que dan continuidad a las transformaciones empresariales y a los Lineamientos de la política económica que adoptaron sucesivos congresos del Partido en 2011 y 2016, persiguen lograr una actividad empresarial capaz de adoptar decisiones sin interferencias de los ministerios y reducir, también, la dispersión tradicional en la legislación y el desarrollo del sistema empresarial. Rige el empeño por aportarles gradualmente mayor auto-

nomía a las empresas frente a los ministerios, además de crear oportunidades para que estas entidades se recapitalicen por sí mismas y continúen transformando sus mecanismos de distribución de riquezas. Pero resulta imprescindible ajustar el sector estatal a los nuevos cambios. Se impone diseñar una empresa estatal de nuevo tipo, capaz de interactuar con las nuevas formas que se incorporan del sector no estatal, que sea un hecho la delimitación de las funciones empresariales y estatales, dándole al Estado las prerrogativas que le corresponden como propietario y, a las empresas, la función de gestoras y administradoras de la propiedad.

En el proceso de delimitación de las funciones estatales y las empresariales, sobre la base de las regulaciones emitidas por el Ministerio de Economía y Planificación, se han ido perfeccionando las OSDE y surgen otras nuevas, lo que permite que se independice la planificación a un nivel inferior, como es el sistema empresarial, eliminando los eslabones intermedios y dándole una mayor fortaleza a la empresa estatal.

En la clausura del X Período ordinario de sesiones de la VIII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, sobre las nuevas normas jurídicas, el General de Ejército Raúl Castro Ruz ratificó que «representa un paso más en el objetivo de separar las funciones estatales de las empresariales e incrementar la eficiencia y organización, otorgándole mayor autonomía en su gestión». Ello no obsta la fiscalización y control que requiere la empresa estatal en su actuación, como la forma principal de propiedad en la economía nacional socialista.

Estas transformaciones suponen un cambio de mentalidad importante, pues ya no constituyen relaciones de subordinación, sino de coordinación, orientación y control.

Aunque pasos intermedios para la aprobación de la Ley de empresas, apreciamos que aún los directivos de las empresas no asumen con responsabilidad las funciones atribuidas por las citadas normativas del sistema empresarial estatal cubano. El papel de la empresa estatal será el pilar fundamental que garantizará el carácter socialista de las transformaciones. Ello no excluye la necesidad de llevar a cabo importantes modificaciones en sus principios de dirección y gestión y en el entorno donde se desenvuelven, que determina las formas en que la empresa habrá de relacionarse con los demás componentes del sistema económico.

BIBLIOGRAFÍA

Betancourt Abio, Rafael: «La responsabilidad social empresarial en Cuba», en *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, vol. 4, no. 2, La Habana, mayo-agosto de 2016 (versión *online*).

Castellanos Hernández, Luis Enrique: «La responsabilidad de las personas jurídicas. Tratamiento en el ordenamiento jurídico cubano» (monografía inédita).

Castro Morales, Yudy: «En la cuesta de la autonomía y la responsabilidad empresarial», en *Granma*, La Habana, 14 de diciembre de 2017.

Ibarbia Pardo, Joanny: «La empresa estatal en Cuba», en *Economía y finanzas*, 4 de abril de 2016.

Labacena Romero, Yuniel: «Camino para una Ley de empresas en Cuba», en *Cubahora (revista digital)*, primero de febrero de 2018.

Lage Dávila, Agustín: «Empresa estatal socialista: diez verdades esenciales», en *Bohemia*, La Habana, 17 de septiembre de 2016.

Rodríguez, José Luis: «Cuba y la compleja transformación de la empresa estatal», en <https://www.nodo50.org/ceprid/spip.php?article1885> [consulta: 8-8-19].

Legislación

«Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 10 de abril de 2019.

Ley No. 7 de 1977, «Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral», Divulgación Jurídica MINJUS.

Ley No. 59 de 1987, «Código civil de la República de Cuba», Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989.

«Decreto-Ley No. 241 de 2006», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 27 de septiembre de 2006.

Decreto No. 281, «Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal».

Decreto-Ley No. 252, «Sobre la continuidad y el fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial cubano», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 7 de agosto de 2007.

Decreto-Ley No. 334, modifica los artículos 9,10,14 y 22 del Decreto-Ley No. 252, «Sobre la continuidad y el fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial cubano», de 7 de agosto de 2007.

Decreto No. 334, modificación del Decreto No. 281, «Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 13 de diciembre de 2017.

Decreto No. 335, «Del sistema empresarial estatal cubano», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 13 de diciembre de 2017.

Decreto No. 336, «Del sistema de relaciones de las organizaciones superiores de dirección empresarial», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 13 de diciembre de 2017.

APUNTES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

*Esp. Alina de Fátima Santana Echerri, magistrada,
Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado, TSP*

*Esp. Tomás Betancourt Peña
magistrado, Sala de lo Penal, TSP*

«[...] el concepto de “buen juez” (como el de buen profesor) no puede definirse satisfactoriamente en términos puramente normativos, de deberes y de derechos. Un buen juez [...] no es sólo quien aplica el Derecho sin incurrir, en el ejercicio de esa actividad, en la comisión de delitos o de faltas sancionables disciplinariamente [...], sino quien es capaz de ir “más allá” del cumplimiento de las normas; y ello no explica [que] se exija de él [...], un comportamiento de carácter heroico, sino porque ciertas cualidades que ha de tener un juez —las virtudes judiciales— no podrían plasmarse normativamente; son, justamente, rasgos de carácter que se forman a través del ejercicio de la profesión, si, a su vez, se tiene cierta predisposición para ello [...]».

MANUEL ATIENZA¹

Resumen: En este trabajo se reseña, en términos generales, la importancia de la argumentación de las resoluciones judiciales, su definición, evolución y características. Se abordan, en su contenido, las diferentes etapas por las que ha transitado este concepto a lo largo de la historia y las tendencias que han existido al respecto. Igualmente, se propone un acercamiento a la aplicación de la argumentación judicial en Cuba, específicamente el tratamiento que tiene en los cuerpos procesales en materia penal, con énfasis en la función sistematizadora del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP) para lograr una respuesta judicial efectiva que tribute al cumplimiento de la misión y la visión institucionales definidas por acuerdo de este Consejo el 15 de noviembre de 2016.

Abstract: This paper summarizes, in general terms, the importance of the argument of judicial resolutions, their definition, evolution and characteristics. In its content, the different stages through which this concept has passed throughout history and the trends that have existed in this regard are addressed. Likewise, an approach to the application of judicial argumentation in Cuba is proposed, specifically the treatment that it has in the procedural bodies in criminal matters, with emphasis on the systematizing function of the Governing Council of the People's Supreme Court to achieve an effective

¹ Atienza: *Cuestiones judiciales*, pp. 137-138.

judicial response that contributes to the fulfillment of the institutional mission and vision defined by the agreement of this Council on November 15, 2016.

Palabras clave: argumentación, argumentación judicial, resoluciones judiciales, coherencia interpretativa, racionalidad de las decisiones, verificación de premisas, justificación interna y externa de las normas.

Keywords: Argumentation, judicial argumentation, judicial decisions, interpretative coherence, rationality of decisions, verification of premises, internal and external justification of the norms.

Sumario: La argumentación como herramienta imprescindible de la actuación judicial. La argumentación de las resoluciones judiciales en el ámbito penal cubano. Reflexiones finales. Bibliografía.

LA FUNCIÓN DE impartir justicia, que dimana del pueblo y es ejercida en nombre de este, constituye para los tribunales una encomienda de gran trascendencia y responsabilidad. Este carácter, esencialmente popular, requiere de una actuación de calidad y un buen hacer en el desempeño, para la efectiva solución de los diversos conflictos que tramitan. Cada decisión judicial debe caracterizarse, además de por su sustento legal, por su transparencia, nivel de ponderación, sensatez y por conjugar, en el mayor nivel posible, los intereses particulares con los sociales.² De ahí la necesidad de que los jueces interioricen que la argumentación de las decisiones judiciales constituye una premisa fundamental en su labor.

Los procesos judiciales en Cuba se desarrollan sobre la base de los principios generales de Derecho universalmente aceptados; entre ellos, pueden mencionarse: debido proceso, igualdad de las partes, intermediación judicial, carga de la prueba y publicidad de los actos. La independencia judicial está amplia y efectivamente protegida.³ Para lograr la justicia deseada y la realización de esos principios, deben los legisladores atemperar las leyes al momento histórico concreto en que se vive. Mientras, la actuación judicial debe estar caracterizada por la coherencia en la actividad interpretativa y adecuadora de las normas. Esto requiere crear instrumentos que permitan mejorar el trabajo, bajo la premisa de que los jueces cumplen un cometido en primer orden constitucional,⁴ pero, sobre todas las cosas, como servidores públicos.

² El documento «Importancia del interés social y la racionalidad en las decisiones judiciales», elaborado por el TSP en mayo del 2000, en La Habana, resume en su contenido los valores y principios éticos que debe cumplir un juez en su actuación cotidiana. Por su trascendencia para la labor judicial, constituye un instrumento de consulta permanente.

³ Remigio Ferro en el Seminario sobre el Derecho internacional del comercio y las inversiones en una economía global.

⁴ Artículo 148. Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurados con independencia funcional de cualquier otro. El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y

LA ARGUMENTACIÓN COMO HERRAMIENTA IMPRESCINDIBLE DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL

La práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y existe coincidencia en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad. Las argumentaciones pueden ofrecerse en tres vertientes diferentes del ámbito jurídico. La primera se refiere al establecimiento o producción de normas jurídicas; la segunda, al ámbito de la dogmática jurídica; y la tercera, a la aplicación de las normas jurídicas en la solución de los casos sometidos a conocimiento y decisión de los tribunales o de ámbitos administrativos.⁵

La aplicación de las normas procesales y sustantivas, como tarea consustancial del quehacer de los jueces, debe estar caracterizada por un proceso consciente, libre de influencias ajenas a su propia convicción y debidamente argumentado, para que pueda repercutir de forma positiva en los destinatarios de la justicia. Aunque la argumentación judicial no se restringe a la interpretación normativa, las reflexiones de este trabajo se centran en los requisitos que deben cumplir las resoluciones judiciales para que sean motivadas, convincentes, lo que implica que el juez explique las razones de su convicción de forma clara y precisa.

Según Zagrebelsky,

Hoy ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del Derecho, desconocido en los ordenamientos del Estado de Derecho legislativo. Pero, los jueces no solo son los señores del Derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente, los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podría afirmarse, que entre Estado constitucional y cualquier «señor del derecho» hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un sujeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.⁶

Esta afirmación refuerza la importancia de que los jueces sean cada vez más acuciosos en la redacción de las resoluciones, lo que, de hecho, implica la utilización de argumentos que puedan demostrar la validez de la tesis que están

sus decisiones son definitivas. A través de su Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, toma decisiones y dicta normas 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.

⁵ Atienza: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, pp. 2-3.

⁶ *Vid. El derecho dúctil*, 4.ª ed., p. 153.

defendiendo en ese documento. No se trata solo de aplicar el contenido de las normas, sino de obrar con la debida justeza y racionalidad en cada caso, demostrando sagacidad e inteligencia, para lo cual se requiere que estén técnicamente preparados en cuestiones jurídicas e informados de lo que acontece a su alrededor, solo así se puede arribar a una justicia contextualizada.

Autores como Carlos Nino,⁷ Manuel Atienza⁸ y Robert Alexy⁹ consideran que la ciencia del Derecho no tiene como único objetivo la descripción y sistematización de los sistemas jurídicos, sino que, además, en todo trabajo jurídico serio, es necesaria la valoración, aspecto que remite, entre otras cosas, a la ponderación de principios, que solo puede llevarse a cabo a través de la teoría de la argumentación. Esta definición obliga a pensar y a establecer cuáles son las herramientas que debe utilizar el juez para lograr una adecuada argumentación en sus resoluciones, pues no solo requiere de su investidura o de conocer las bases elementales del Derecho, necesita también de conocimientos teóricos básicos y de reglas del lenguaje que le faciliten definir, en sus resoluciones, los puntos de vista que defienden, en pos de la justicia.

El estudio de los aspectos argumentativos del Derecho ha ido cobrando una creciente importancia desde finales de la Segunda Guerra Mundial. En un primer momento, en la década de los 50, surgen las que pueden llamarse teorías «pioneras» de la argumentación jurídica, cuyos ejemplos más importantes se encuentran en las obras de Viehweg,¹⁰ Perelman¹¹ y Toulmin.¹² Luego, desde finales de los 70 del siglo xx, se ha desarrollado lo que puede considerarse como la teoría estándar de la argumentación jurídica, representada, sobre todo, por las construcciones de Robert Alexy¹³ y Neil MacCormick.¹⁴

Sobre este tema, García Ramírez refiere que

En principio, es importante precisar que la argumentación jurídica se vincula con diversas ciencias. En particular, guarda una estrecha relación con la retórica —entendida como la ciencia del discurso—, por lo que [...] su conocimiento es indispensable; esto si se toma en cuenta que toda sentencia, como producto trascendental que compendia todas las actividades del juzgador, requiere de un esfuerzo intelectual complejo que se plasma en una argumentación, que puede

⁷ Vid. *La validez del Derecho*.

⁸ Vid. *Cuestiones judiciales*.

⁹ Vid. *Teoría de la argumentación jurídica...*

¹⁰ Vid. *Tópica y jurisprudencia*.

¹¹ Vid. *La lógica jurídica y la nueva retórica*.

¹² Vid. *The Uses of Argument*.

¹³ Vid. *Teoría de la argumentación jurídica...*

¹⁴ «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», en Betegón y De Páramo, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, pp. 2-22.

ser excelente, muy buena, buena, suficiente, regular, mala o pésima, pero siempre habrá un argumento.¹⁵

A lo largo de los años, y como resultado de la evolución del Derecho, se han establecido claras diferencias entre la interpretación de la ley que realizan los jueces y la argumentación, pues esta última es, sin duda, más amplia y necesaria a los fines de la justicia. Esta actividad es distinta a la interpretación, sin que ello implique negar su estrecho vínculo, pues toda interpretación debe llevar aparejada siempre, y en cualquier caso, una argumentación. Aunque también puede existir una interpretación que no se use para dar una razón o argumento, sino que esté orientada a la defensa de una tesis determinada; esto es, referida a un paso posterior que pudiera ser el formar parte de un argumento en concreto.¹⁶

Para Prieto Sanchís, la interpretación se define en dos sentidos, en uno amplio —pero muy habitual— los juristas tienden a considerar como interpretativa cualquier actividad relacionada con el Derecho que no sea legislación o creación normativa y, más específicamente, cualquier actividad posterior a la promulgación de las normas: decidir sobre su validez, resolver una laguna o una antinomia, formular un principio general del Derecho, cualificar unos hechos a la luz de los preceptos legales o motivar una sentencia formarían parte del mundo de la interpretación. En un sentido estricto, sin embargo, por interpretación conviene entender dos cosas que, aunque relacionadas, debemos diferenciar: primero, atribuir significado a las normas, clarificar qué es lo que quieren decir; y segundo, delimitar su campo de aplicación, determinando los hechos, situaciones, etc., en que cada norma es relevante.¹⁷

Mientras que la argumentación es un instrumento que permite justificar las decisiones judiciales, dando razones explicativas, describiendo el procedimiento por el que se llegó a la decisión, así como razones justificadoras, incidiendo en las razones que justifican la opción interpretativa de una norma, sin olvidar que argumentar jurídicamente se encuentra estrechamente ligado con la lógica, que es componente del razonamiento jurídico, pero ello es insuficiente, pues tendremos un argumento lógico deductivo, cuando la conclusión es necesariamente verdadera porque las premisas son verdaderas, y para conseguirlo será necesario examinar previamente la validez de las premisas. En consecuencia, la delicada tarea de argumentar una decisión judicial implica una adecuada justificación interna y externa de la decisión, verificando las premisas, su carácter normativo, así como su estructura y, finalmente, su validez.¹⁸

¹⁵ García Ramírez: «Argumentación jurídica II: una propuesta práctica», p. 2.

¹⁶ *Ibid.*, p. 7.

¹⁷ Prieto Sanchís: *Apuntes de teoría del Derecho*, p. 180.

¹⁸ Cabrera Cabanillas: «Pautas para una argumentación jurídica».

La actividad argumentativa que nace de la aplicación del Derecho debe estar precedida de razones adecuadas, que permitan establecer el peso de los diferentes argumentos de forma racional. No se trata de que los jueces utilicen la argumentación como una herramienta de subsunción de una conducta determinada en un artículo o en un código, traspolando así la responsabilidad de la decisión al contenido que este tenga, como resultado de la voluntad del legislador. Los jueces no deben limitarse a la aplicación de las normas al caso concreto, sino que requieren de un ejercicio intelectual más allá de la simple interpretación, precisan del análisis de los hechos, de la valoración de las pruebas que se presentan y de la adopción de decisiones que se convierten en su consecuencia inmediata.

En otros términos, la argumentación judicial comprende la exposición que el juzgador ofrece a las partes para solucionar el debate, debe caracterizarse por su racionalidad y por responder a las exigencias de la lógica. El colofón de esta actividad consiste en manifestar la razón jurídica en virtud de la cual el juzgador acoge una determinada decisión, analizando el contenido de cada una de las pruebas, contrastándolos entre sí hasta llegar a una conclusión justa y convincente.

Sobre este tema, García Jaramillo¹⁹ indica:

Sugerimos la hipótesis de un juez «virtuoso en el derecho» quien no sólo tiene la boca que pronuncia las meras palabras de la ley (parodiando aquella bien conocida función que le atribuyera Montesquieu), sino que crea derecho en la medida en que interpreta las leyes prestando atención cuidadosa al espíritu de la tradición jurídica y cultural. Cumple su tarea atendiendo la validez de las normas, pero con miras a su legitimidad y a la eficacia social de sus decisiones, para que puedan ser socialmente deseables y aceptadas, no sólo como válidas a la luz de un ordenamiento jurídico-positivo, sino también como legítimas según los principios constitucionales que sirven de marco normativo a la democracia, tendiendo así a garantizar que los principios de justicia consensualmente concertados en la Constitución filtren todo el ordenamiento para que en las decisiones judiciales coincida tanto la perspectiva de validez jurídica intrasistémica, como la perspectiva de legitimidad política extrasistémica.

Atienza, por su parte, pone énfasis en tratar de diferenciar las explicaciones de las justificaciones, y se hace la pregunta de si en el mundo del Derecho trabajamos con explicaciones o con justificaciones. En las explicaciones, el problema está vinculado básicamente con las relaciones de causalidad. Siguiendo el planteamiento de Atienza, en la justificación no me estoy planteando el problema de por qué la cosa se hizo, o por qué la decisión se

¹⁹ «La renovación de las virtudes del juez en el nuevo Derecho sin lagunas: Retos de la labor judicial a partir de la Constitución de 1991», en *Jurídicas*, vol. 2, no. 2, pp. 41-61.

tomó, la conducta se realizó, o se recomendó aquella actuación, sino que más bien se va a tratar de encontrar razones que le sean plausibles, que persuadan, que convengan de que esa era la posible solución del problema que se estaba planteando.²⁰

La responsabilidad de los tribunales de justicia, y en especial de los jueces, está determinada en la solución de cada caso con apego al principio de legalidad. Les corresponde decir la palabra final sobre los temas que se someten a su conocimiento y establecer pautas acerca del derecho que se está discutiendo, pero esto no es un ejercicio arbitrario, sino que se mueve dentro de los límites que reconocen los marcos jurídicos. Este encargo tiene también un contenido psicológico, ético, lógico, alejado de arbitrariedades y sujeto, por tanto, a reglas o tipos de argumentos.

Para los jueces, el momento de elaborar las sentencias es crucial y su obligación se centra en la confección o redacción de este documento con análisis racionales, que permiten el examen de los argumentos probatorios y demostrativos que se consideren como los verdaderos o más acertados para la justa resolución del asunto controvertido. La argumentación tributa al cumplimiento de los principios que informan el debido proceso y garantiza la mejor comprensión de la decisión a las partes o justiciables. Incrementa la transparencia y calidad de estas resoluciones judiciales, el reforzamiento de las garantías y derechos de las partes en el control de la actividad judicial y la mayor efectividad en el cumplimiento del acceso a la justicia.

LA ARGUMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL ÁMBITO PENAL CUBANO

En el campo del Derecho penal cubano, la ley no define claramente la necesidad de construir resoluciones judiciales argumentadas, pues el Artículo 44 de la Ley de procedimiento penal (LPP),²¹ que establece las reglas para la confección de las sentencias en primera instancia, emplea el término «fundamentos» para las cuestiones de Derecho que se acuerden, pero no hace mención expresa a la valoración de los medios probatorios que, en definitiva, son los que permiten alcanzar certeza en un sentido u otro. Por su parte, la Ley procesal penal militar²² tampoco refiere la necesidad de argumentar las sentencias, sus postulados son semejantes a los que recoge la ley ordinaria, con la salvedad de que, en el Artículo 403.4, establece que «cuando sea insuficiente la instrucción o la práctica de pruebas en el juicio oral o incongruente la sentencia con las circunstancias reales del caso [...]

²⁰ Zerpa: «La argumentación jurídica», en *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*, Serie eventos, no. 3, p. 174.

²¹ *Ley de procedimiento penal, disposiciones del CGTSP (comentarios)*.

²² Ley No. 6 de 1977.

porque el tribunal en su sentencia no haya argumentado en qué se basó para aceptar unas [y] rechazar otras, puede el tribunal de casación revocar o modificar la sentencia». Este pronunciamiento, al menos, permite inferir la necesidad de dar razones lógicas y coherentes acerca de las pruebas ventiladas en el juicio oral.

Por otra parte, el Artículo 357 de la LPP establece que «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». Esto no es más que el reflejo del principio de la prueba libre, es decir, que el juez no obedece a pruebas con valor prestablecido, pero tampoco expresa la obligación de valorar las pruebas según su conciencia y su razón.

Esa carencia dio lugar a que el CG-TSP,²³ teniendo en cuenta la trascendencia de este tema para el fortalecimiento de la legalidad, el 26 de noviembre de 1985, adoptara el Acuerdo No. 172, en uso de la facultad constitucional que posee, para uniformar la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales, de lo que devinieron trascendentales cambios en materia de motivación, exponiendo de forma clara y concisa en el inciso b) que «en las sentencias el tribunal actuante valorará las pruebas, o sea, que expondrá los motivos por los cuales acoge unas y rechaza otras y consignará los fundamentos de su convicción».²⁴

Esto permitió a los jueces comprobar la descripción del hecho ofrecido en la sentencia con la prueba que le sirve de fundamento, según la constancia de la misma que obra en el acta del juicio oral. En los incisos a) y c), precisa que lo que se lleve al acta debe ser dictado por el juez que conoce el asunto, y que el fallo tiene que tener total correspondencia con los elementos de pruebas que se obtuvieron en el desarrollo del juicio oral, lo que muestra la interrelación dialéctica existente entre estos.

En el empeño de perfeccionar la actividad judicial, este propio órgano dictó la Instrucción No. 208 de 2011,²⁵ que, aunque tampoco emplea

²³ Esta potestad del CG-TSP se recoge en el último párrafo del Artículo 148 de la Constitución de la República de Cuba de 2019 y en el Artículo 19.1 c) de la Ley No. 82, «De los tribunales populares».

²⁴ Ugidos: «En torno al Acuerdo 172 de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular», en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 15, p. 4.

²⁵ Aprobada por el CG-TSP en sesión ordinaria celebrada el 26 de abril de 2011. En su acápite II.1.3. Valoración de las pruebas, en sus dos primeros párrafos, expresa: En el segundo resultando se valorarán las pruebas que permitieron a los jueces formar convicción sobre los hechos declarados probados, sin referencia alguna a las que no fueron admitidas ni practicadas en el proceso.

La valoración de las pruebas, como proceso lógico-cognoscitivo, no requiere observar el orden en que fueron practicadas ni es admisible transcribir mecánicamente lo que consta en el acta del juicio oral, sino que se atenderá especialmente a la mayor o menor trascendencia que hubiese tenido cada una para formar convicción sobre los hechos probados, con reflexión sucinta, además, de las que fueron desestimadas y las razones en que ello se fundamentó.

el término *argumentar*, sí refuerza la necesidad de explicar con razones el fundamento de la convicción judicial y define que las sentencias se dictarán con un adecuado uso del lenguaje, evitando frases o palabras que entorpezcan el entendimiento de las decisiones. Esta disposición, sin duda, redonda en un mejor trabajo argumentativo por parte de quienes ejercen la delicada tarea de resolver los distintos conflictos sometidos a su conocimiento, aunque resulta insuficiente, frente al tema de la argumentación, que tanto auge ha tomado en los últimos tiempos, e impone la necesidad de observar estos aspectos para futuras reformas de las leyes procesales.

La fundamentación o motivación judicial obliga a los jueces a dar las razones de sus conclusiones, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegan y los elementos de pruebas utilizados para alcanzarlas, según el debate que se haya establecido. Este aspecto es también esencial a los fines de garantizar el derecho de los justiciables a los recursos, para que una segunda instancia pueda verificar la certeza de la decisión y confirmarla o denegarla, en dependencia de la solidez de los aspectos que en ella se expongan. Las salas que resuelven recursos de casación en materia penal en el TSP han incorporado a su hacer el control de la motivación del juzgador de instancia, como premisa que garantiza la justicia.

El control de la calidad de las resoluciones judiciales, y en especial de su argumentación, ha sido objeto de regulación por el CG-TSP. La Instrucción No. 205²⁶ y, más recientemente, el Acuerdo Circular No. 163²⁷ establecen que los jueces ponentes informarán, también, de las deficiencias advertidas en la resolución impugnada, en especial lo referido a su argumentación, redacción, claridad y motivación, y el tribunal acordará, en consecuencia, la evaluación que corresponda en virtud de varios aspectos, entre los que se destaca la adecuada redacción, argu-

²⁶ Aprobada en sesión ordinaria del CG-TSP, celebrada el 16 de marzo de 2011. El apartado primero indica que: en el acto de discusión y votación de la resolución que decide los recursos de casación y apelación y, en su caso, los procedimientos de revisión que conocen las salas del Tribunal Supremo Popular, los tribunales provinciales populares y el Tribunal Especial Popular de Isla de la Juventud, los jueces ponentes informarán también de las deficiencias advertidas en la resolución impugnada, en especial lo referido a su argumentación, redacción, claridad y motivación, y las faltas cometidas durante la tramitación del proceso que hubiesen trascendido a la decisión judicial o constituyan violaciones de las formalidades o garantías esenciales legalmente establecidas, y el tribunal acordará, en consecuencia, la evaluación que corresponda en virtud de los aspectos siguientes:

- Adecuada redacción, argumentación y motivación de la resolución impugnada.
- Correcta aplicación del Derecho sustantivo.
- Cumplimiento de las indicaciones generales del TSP.
- Cumplimiento de los términos, formalidades y garantías esenciales del proceso.
- Cumplimiento de las formalidades en la celebración de los actos judiciales.

²⁷ Aprobado por el CG-TSP el 22 de junio de 2017.

mentación y motivación de la resolución impugnada. Las valoraciones sobre estos indicadores se realizan y fundamentan en acta colateral a la de deliberación, conforme al contenido del modelo que contiene una referencia de los aspectos tenidos en cuenta para decidir una calificación al proceso.

REFLEXIONES FINALES

El efecto evidente de la argumentación judicial radica en que las decisiones judiciales no resultan actos caprichosos emanados de la voluntad de los jueces, ni meras impresiones de su intelecto, sino que son el resultado de la consideración racional sobre por qué se llegó a determinada conclusión o qué permitió decidir de esa manera, con una explicación comprensible por cualquier persona, contentivas de fundamentos dirigidos a demostrar todas y cada una de las conclusiones fácticas, sin omitir el análisis de los elementos de pruebas incorporados, como explicación de las conclusiones a las que arribó el tribunal.

Los jueces cubanos cuentan con herramientas que permiten establecer una correcta argumentación en las resoluciones dictadas en todas las instancias, a pesar de que las leyes procesales no hacen mención expresa de esa obligación. No obstante, se requiere perfeccionar las formas de redacción de las sentencias y establecer pautas más abarcadoras que permitan consolidar y aplicar la teoría de la argumentación judicial en todo su alcance.

Este aspecto resulta muy importante, de cara a las transformaciones que contiene el nuevo texto constitucional que, de forma expresa, destaca el desarrollo de una amplia gama de derechos y garantías a tono con los instrumentos internacionales de los que Cuba es parte. Para lograr un adecuado desempeño de la función judicial se requiere atemperar las normas que regulan los procedimientos judiciales, en aras de propiciar mayor calidad en la actividad de los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra Editores, Lima, 2007.

Atienza, Manuel: *Cuestiones judiciales*, 2.^a reimpr., Distribuciones Fontamara, México, 2008.

_____: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2.^a reimpr., México, 2005.

- Cabrera Cabanillas, Gilma: «Pautas para una argumentación jurídica», en http://www.teleley.com.articulos.art_gilmac6.pdf [consulta: 17-2-19].
- Fernández Bulté, Julio: «Revolución y 40 años de Derecho», en *Temas*, no. extraord., La Habana, 1999.
- García Jaramillo, Leonardo: «La renovación de las virtudes del juez en el nuevo Derecho sin lagunas: Retos de la labor judicial a partir de la Constitución de 1991», en *Jurídicas*, vol. 2, no. 2, julio-diciembre de 2005.
- García Ramírez, María de Jesús: «Argumentación jurídica II: una propuesta práctica», en https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/45810757/AARGUMENTACION_JURIDICA_II [consulta: 12-2-19].
- MacCormick, Neil: «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990.
- Perelman, Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducc. de Luis Díez-Picazo, Editorial Civitas, Madrid, 1979.
- Prieto Sanchís, Luis: *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- Toulmin, Stephen E.: *The Uses of Argument*, Cambridge University, Press, 1958.
- Ugidos, Mario: «En torno al Acuerdo 172 de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular», en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 15, La Habana, diciembre de 2010.
- Viehweg, T.: *Tópica y jurisprudencia*, traducc. de Luis Díez-Picazo, Editorial Taurus, Madrid, 1964.
- Zagrebel'sky, Gustavo: *El derecho dúctil*, 4.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- Zerpa, Levis Ignacio: «La argumentación jurídica», en *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*, Serie eventos, no. 3, Caracas, Venezuela, 2006.

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. 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., de 14 de julio del mismo año, comenzó a regir el primero de enero de 1998.
- Ley de procedimiento penal, disposiciones del CGTSP (comentarios)*, 2.^a ed., Ediciones ONBC, La Habana, 2012.

«Ley No. 6 de 1977, “Ley procesal penal militar”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 33, La Habana, 18 de agosto de 1977.

Disposiciones del CG-TSP:

- Instrucción No. 205 de 2011.
- Instrucción No. 208 de 2011.
- Acuerdo No. 172 de 1985.
- Acuerdo No. 372 de 2016.
- Acuerdo circular No. 163 de 2017.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO PRINCIPIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: SU CONTROL JUDICIAL EN CUBA

Lic. Yomays Olivárez Gaínza, magistrado,
Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP

«[...] el principio de buena administración trata de englobar todos estos deseos. Actúa en este sentido como principio rector que impone un mandato de optimización. La buena administración es por ello el alma de la nueva administración [...]».

JUAQUÍN TORNOS MAS¹

Resumen: El ideal de justicia administrativa ha permitido crear un conjunto de instrumentos técnico-jurídicos encaminados al control de la legalidad de la actuación administrativa, desde sus diferentes vertientes, coadyuvando al sometimiento de la administración a los fines que la justifican. En ello, constituye pieza clave la buena administración (BA), que nace como un principio rector del Derecho administrativo (DA), en el ámbito europeo, el que, finalmente, lo eleva al rango de derecho fundamental, distinción esta que ha tenido sus detractores, pero que, sin lugar a dudas, coadyuva a la potencialización de los subderechos que se abrigan en él. El ordenamiento jurídico cubano, y en específico el de la administración pública (AP), no contempla la BA como un derecho fundamental, lo que no excluye la posibilidad de que, en el entramado jurídico cubano, podamos encontrar preceptos que dibujan el contenido de este derecho, de lo cual deviene lo que también se ha dado en llamar *principio general del Derecho a una BA*. El presente trabajo pretende analizar el control judicial de la BA por los órganos encargados de la justicia administrativa cubana, partiendo desde un análisis hermenéutico del texto constitucional, para concluir con una mirada hacia el control judicial de este «principio/derecho», en virtud de la función revisora que le viene atribuida a los órganos jurisdiccionales en materia administrativa en nuestro país.

Abstract: The ideal of administrative justice has allowed the creation of a set of technical-legal instruments aimed at controlling the legality of ad-

¹ Vid. «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la administración pública», en *Derechos fundamentales y otros estudios*, p. 630.

ministrative action, from its different aspects, contributing to the submission of the administration to the ends that justify it. In this, good administration constitutes a key piece, born as a guiding principle of administrative law, in the European sphere, which, finally, elevates it to the rank of fundamental law, a distinction that has had its detractors, but that, without a doubt, contributes to the potentialization of the subrights that are sheltered in it. The Cuban legal order, and specifically that of the public administration, does not contemplate good administration as a fundamental right, which does not exclude the possibility that, in the Cuban legal framework, we can find precepts that draw the content of this right, from which becomes what has also been called the general principle of the right to good administration. The present work tries to analyze the judicial control of the good administration by the organs in charge of the Cuban administrative justice, starting from a hermeneutical analysis of the constitutional text, to conclude with a look towards the judicial control of this «principle / right », by virtue of the reviewing function assigned to the jurisdictional bodies in administrative matters in our country.

Palabras clave: Derecho administrativo, principios generales del Derecho, buena administración, derecho a ser oído, derecho a resolución fundada, derecho a un plazo razonable.

Keywords: Administrative law, general principles of law, good administration, right to be heard, right to founded decision, right to a reasonable time.

Sumario: Origen y contenido del principio general del Derecho a una buena administración: Una mirada desde el ordenamiento jurídico cubano. El control judicial y los derechos a una buena administración. Conclusiones. Bibliografía.

CON EL DECURSO de los años, la actividad administrativa no solo debía estar dirigida a cumplir los preceptos normativos que la vinculan, sino a recordar el origen y el fin de la actividad estatal: el respeto de la persona humana y los derechos que le son inherentes. Para lograr el desarrollo de los derechos del ciudadano, las relaciones con las instituciones públicas deben enmarcarse en el ámbito de la calidad en la prestación de los servicios, es decir, orientarse hacia el interés general que debe ser el norte del quehacer institucional.

Al respecto Meilan Gil² refiere que la administración está sometida al Derecho, no solo a la ley, como ha sostenido una tradicional concepción del DA. Es poder, pero no vicarial; sirve, pero no determina los intereses generales, ni es titular de ellos. Su fin es hacerlos efectivos o garantizar su efectividad en el caso de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que son el núcleo duro, irreductible, de los intereses genera-

² Vid. «El paradigma de buena administración», p. 236.

les. Posteriormente, acentúa que su fin es «hacer efectivos los intereses generales que le vienen predeterminados a la administración pública».

Entre los mecanismos de control de la actividad administrativa, se sitúa el jurisdiccional, que puede ser administrativo, cuando se realiza a través de los órganos de la AP; o judicial, cuando dicho control es efectuado por los órganos judiciales, que es el caso que ocupa el presente estudio.

Los tribunales populares en Cuba, como servidores públicos, son los encargados de brindar acceso a la justicia, tutela judicial efectiva³ y la seguridad jurídica a las personas, las instituciones, las entidades, y a la sociedad en general.⁴ En el ejercicio de la función jurisdiccional, se persigue contribuir, con sentido de lo justo, a la calidad de vida de las personas, la seguridad ciudadana, el orden y la legalidad en la sociedad cubana.

El Artículo 4 g) de la Ley No. 82, «De los tribunales populares», de 11 de julio de 1997, establece que los órganos judiciales tienen como principales objetivos, entre otras cuestiones, revisar las resoluciones dictadas por los órganos y organismos que forman parte de la Administración Central del Estado en aquellos casos que la ley señale, y dicha función se ejerce bajo la égida de principios de que la justicia se imparte sobre la base de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el tribunal; y se ejerce conforme a lo establecido por la ley.

En virtud de ello, es función primordial de los órganos judiciales, en el ámbito contencioso-administrativo, garantizar no solo el sometimiento de la administración al principio cardinal de su actuación, que es desempeñar sus funciones en el marco de la legalidad, en tanto es clara la letra del Artículo 9 de la CR, el cual establece que todos los órganos del Estado 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, lo que se traduce inexorablemente en cumplir los procedimientos que las normas establecen ante las peticiones que formulen los ciudadanos; ello, además, como presupuesto indispensable del principio general del derecho a una BA, a la que todos los ciudadanos tienen derecho, como uno de los elementos necesarios para alcanzar el bienestar individual que preconiza el primer precepto del texto constitucional.

De lo anterior, se colige que lo que se espera de la AP es que la dirección de la cosa pública esté guiada por la mejora constante de la vida del pueblo en su conjunto, entendido este como la generalidad de los ciudadanos; y esto solo se logra desde una BA, deviniendo presupuesto necesario

³ Artículo 92 de la Constitución de la República de Cuba (CR) de 2019.

⁴ *Ibid.*, Artículo 94.

para el control judicial de la actividad administrativa que tal actuación se postule desde los predios de la BA.⁵

La idea o noción de BA no ha estado presente en las argumentaciones jurídicas que han sustentado las decisiones judiciales para corregir el mal proceder de la AP, lo que no significa que estas no estuviesen inspiradas en ello. Desde la perspectiva de su evolución, que nos trajo la noción de BA, primero, como principio general del Derecho y, luego, a derecho subjetivo fundamental, se pretende analizar su control judicial por los órganos encargados de la justicia administrativa cubana, partiendo de un análisis hermenéutico del texto constitucional y de la necesaria interrelación que debe existir entre las diversas partes del todo, esto es, la relación entre las normas constitucionales de la parte dogmática —reconocen derechos— y las de la parte orgánica —contienen los principios de actuación, organización y funcionamiento de los diversos órganos constitucionales.

ORIGEN Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

La construcción del fenómeno o noción de la BA no es una idea festinada que nació de las construcciones jurisdiccionales europeas en la segunda mitad del siglo xx. Antes, se vislumbran obras que, sin la marcada intención de desarrollar este asunto con la mirada y la perspectiva que ahora se analiza,⁶ se acercaron a la noción de la buena y mala administración, pudiéndose, incluso, afirmar que, justamente, debe su origen a su versión negativa, la mala administración.

En tal sentido, Siegfried Magiera⁷ refiere que

[...] una primera definición de buena administración, se puede obtener diferenciando esta de una deficiente administración. Una administración deficiente se caracteriza por una violación de las reglas o principios que son vinculantes para la administración. Una buena administración incluye por lo tanto el cumplimiento de todos los requisitos legales y otros mandamientos, tanto en el área interna como externa, de las relaciones con los ciudadanos y otras partes interesadas.

⁵ Al respecto, el Artículo 10 de la vigente CR exige el sometimiento de los órganos del Estado al control y están obligados a respetar, atender y dar respuesta al pueblo, en clara manifestación de ese necesario diálogo que debe existir entre la AP y los administrados.

⁶ Al respecto, Matilla Correa plantea que la idea de BA no procede originariamente de la ciencia de la administración; esto es, desde el espacio científico que mira a la perspectiva no jurídica del fenómeno administrativo; y recalca que es en los predios de la BA donde puede apreciarse con mejor claridad una suerte de diálogo fructífero entre la ciencia de la Administración y el DA. Con respecto a la existencia o utilización de la locución BA, antes de la segunda mitad del siglo xx, el mismo autor referencia una serie de autores en cuyas obras hicieron referencia a ella. *Vid.* «Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad», en Matilla Correa (coord.), *Tendencias actuales del Derecho administrativo*, pp. 41 y 43.

⁷ *Apud* Matilla Correa: *Op. cit.*, p. 49.

En la segunda mitad del siglo XIX, podemos encontrar algunas obras que hacían vaga y fugaz referencia a la idea de mala administración. Alexis de Tocqueville, Gabriel Dufour y Félix Moreau fueron claros exponentes de estas ideas. El primero de ellos, en *El antiguo régimen y la Revolución*, puntualizaba que la mala administración parecía depender de una enfermedad secreta que daba lugar a quejas, si no idénticas, por lo menos igualmente enérgicas por parte de los ciudadanos sobre falta de honestidad y de desinterés por parte de los gobiernos.⁸

Por su parte, Dufour,⁹ para explicar la razón por la cual todas las propiedades de las comunidades eran inalienables, se apoyó en la idea de la BA, al sostener que, entre otras cuestiones, ello era para mantener en cada comunidad las ventajas de una naturaleza para atraer habitantes en su seno, y de los cultivadores en su territorio; mientras Moreau¹⁰ advertía que el interés del demandante en la anulación debe ser un interés directo y personal, más personal y más directo que el interés que todos los ciudadanos tienen en una BA; interés vago e indefinido, para el cual están todos los recursos, también vagos y disponibles para todos, de la petición, el control parlamentario.

Con estos ejemplos, el autor quiere ilustrar que, ya a fines del siglo XIX, en Francia, se podían vislumbrar los primeros atisbos de la noción de BA, primero, desde una perspectiva negativa, pues al denunciarse determinadas características que evidencian una mala administración, habrá de decantarse que lo contrario sería una BA; y, luego, fue mutando hacia la idea o uso del término, aunque eso sí, aún por perfilar su elaboración como noción jurídica y sus consecuencias en cuanto tal, pues más bien eran ideas o menciones más o menos genéricas y poco acabadas.¹¹

Ad empero, es en la obra del catedrático francés Maurice Hauriou¹² en la que la idea de BA presenta un mejor acabado, con una mayor y mejor construcción y operatividad jurídica, al asociar la BA con los fines de la AP, o sea, al interés público, general, social o fuera cual fuera la denominación que quisiéramos darle a este. En la idea de BA de Hauriou también se haya el necesario distanciamiento que la AP debía tener del sistema electoral, en tanto los vaivenes de este no podían subyugar al buen hacer de aquella.

⁸ De Tocqueville: *De la démocratie en Amérique*.

⁹ Vid. *Traité général de Droit administratif appliqué*, p. 428.

¹⁰ Vid. *Le règlement administratif. Étude théorique et pratique de Droit public français*, pp. 300 y 494.

¹¹ Para mayores estudios y análisis sobre estas primeras nociones de la buena y mala administración, además de los autores franceses citados, pueden consultarse: Jacquelin: *Les principes dominants du contentieux administratif*, V. Giard et E. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, 1899; Laferrière: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1 y 2, Berger-Levrault et Cie, Libraires-Éditeurs, Paris, 1896; Oliván: *De la administración pública con relación a España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954; Posada de Herrera: *Lecciones de administración*, t. 1, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1978, entre otros.

¹² Vid. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*.

En los albores del siglo xx, el *iuspublicista* italiano Rafael Resto¹³ aborda la BA, desarrollando la idea de que esta escapaba, por su naturaleza, del ámbito jurídico, pero no por esto era considerada menos relevante para la ciencia del DA, punto de vista del que se aparta el autor de este artículo, ya que su desarrollo posterior demostró el incuestionable anclaje jurídico que posee la noción de BA.

Con este antecedente, la Constitución italiana de 1947, que entró en vigor en 1948, hace referencia, por primera vez en un texto constitucional, al *buon andamento* o *principio de buon andamento*, marcando así un punto de inflexión en el abordaje del concepto analizado, no solo por su elevación a rango constitucional, sino por la propia ubicación en que el precepto 97 se inserta (parte II: «Ordinamento della Repubblica»; título II: «Il Governo»; sección II: «La pubblica amministrazione»).

Es el Artículo 97 de dicha Constitución el que reconoce la obligación que tiene la AP de cumplir su función garantizando una BA. Expresa lo siguiente:

Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la ley, de tal modo que se garanticen su *buen funcionamiento* y la imparcialidad de la administración. En la disposición de los cargos se especificará su ámbito de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios. Se entrará en los empleos de la administración pública mediante oposición salvo los casos que la ley establezca.¹⁴

A la promulgación de tal Constitución, le sucedieron otros países que comenzaron a introducir elementos en sus normas supremas y ordenamientos jurídicos que invocaban la noción de la BA como deber de actuación de la AP. En tal sentido, el «dover de boa administraçao» (de Portugal) se desprende de lo establecido en el Artículo 202 de la Constitución portuguesa de 1976.¹⁵ En Holanda, la doctrina y la jurisprudencia, desde 1949, han formulado una serie de principios jurídicos de BA a tener en cuenta por la administración antes de ejercer su discrecionalidad, algunos de los cuales han sido recogidos en la ley administrativa general de aquel país. En Bélgica, el *Conseil d'Etat* maneja frecuentemente los principios generales de BA. Por último, en el Derecho inglés se da a conocer el informe relativo al funcionamiento de la administración de justicia, publicado en 1988 (*Administrative justice. Some necessary reforms*), cuyo capítulo II lleva por título «Formulation of principles of good administration».

Con lo analizado hasta aquí, se puede arribar a una primera conclusión: desde el siglo XIX, varios *iuspublicistas* se acercaron a la noción de BA, aunque,

¹³ Vid. «L'onere di buona amministrazione», en Colectivo de autores, *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, pp. 105 y ss.

¹⁴ «Constitución de la República Italiana de 1947», en <http://www.ces.es/TRES-MED/docum/ita-cttn-esp.pdf>.

¹⁵ En confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf.

en sus inicios, con un sentido más común que jurídico y de una manera fugaz, sin que pudiera definirse o dibujarse con claridad el contenido de la *buena administración/buon andamento/bonne administration*. Para la primera mitad del siglo xx, se comenzó a perfilar la noción de BA o principio de BA con un sentido más jurídico.

Precisamente, a través de las decisiones judiciales emitidas por los tribunales de justicia europeos, se fue dotando de contenido y verdadero alcance la noción de BA, hasta erigirlo como principio general del Derecho y, posteriormente, consagrarse como derecho subjetivo fundamental.

No obstante, existen autores que afirman que el desarrollo del concepto de BA no es patrimonio exclusivo de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Europea. En tal consideración se pronuncia el eminente catedrático español Juan Antonio Carrillo Donaire:¹⁶

El concepto de buena administración no ha sido fruto de una autónoma labor pretoriana del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que lo ha tomado de otros órdenes jurídicos comunitarios y, en particular, del Derecho holandés, donde la jurisprudencia había consagrado desde finales del siglo xix la obligación de la administración de preparar minuciosamente sus decisiones incluyendo la motivación de las mismas, así como de la obligación de respetar una suerte de *fair play* en sus relaciones con los administrados. Esta jurisprudencia está actualmente positivada en el Código general de Derecho administrativo holandés de 1994.

Al respecto, como se expresa en líneas precedentes, es aceptado que el concepto de BA no encuentra su génesis monopolizada en los predios jurisdiccionales de la eurozona, pero, sin lugar a dudas, como se verá en líneas (*vid. infra*), han sido los órganos judiciales, como pacientes alfareros, los que, poco a poco, van trayendo a la luz su obra maestra, los encargados de ir moldeando el contenido y alcance de la categoría jurídica bajo análisis.

En 1955, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) se pronunció sobre el deber de motivar las decisiones judiciales, a partir de las reglas de la BA y la obligación de resolver en un tiempo razonable. Igualmente, la jurisprudencia comunitaria, en reiterados pronunciamientos, ha sostenido que la protección del estado defensivo de los ciudadanos a cualquier procedimiento que pueda perjudicarle o del que pudieran derivarse decisiones o actos desfavorables, encuentra abrigo en una BA.¹⁷

Otra arista en la cual se ha pronunciado el TJCE ha sido la tutela a otros derechos fundamentales de los administrados, como lo pueden ser la igualdad de trato, el derecho a la no discriminación, la necesaria transparencia en la

¹⁶ Vid. «Buena administración: ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en Juan Alfonso Santamaría Pastor (coord.), *Los principios de Derecho administrativo*, pp. 1139-1140.

¹⁷ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1990.

actuación de la administración o el acceso a la información, por solo mencionar algunos de ellos.¹⁸

Todas estas construcciones jurisprudenciales no tenían un fundamento legal, en tanto, como se ha apuntado, no aparecía una regulación jurídica de BA en los ordenamientos jurídicos, salvo, como ya se refirió *ut supra*, en la Constitución italiana. La jurisprudencia, en tal sentido, fue dotando de osamenta a la noción de BA y, con ello, la fue jerarquizando a tono con las propias funciones que tienen los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico, con un marcado propósito, el de dotar a este de plenitud, como cuestión necesaria, a fin de hacer compatible una exigencia del DA, el de satisfacer el interés colectivo.¹⁹

Así, como puntualiza Carrillo Donaire,²⁰ la BA se nos presenta como un factor —el autor lo sustituiría por principio— coadyuvante de otros derechos fundamentales ubicados en el procedimiento administrativo, suministrando una base ordenadora, lógica e interpretativa para su aplicación, unificándolos y potenciándolos.

Con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza, la BA se erige como derecho fundamental, deviniendo así Derecho subjetivo, consagrado en los artículos 41 y 42.

No obstante, en gran medida, gracias a la labor realizada por los órganos jurisdiccionales europeos, se ha ido configurando el contenido de este derecho fundamental a la BA, «atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea»;²¹ pero la BA y el derecho subjetivo no han dejado de tener defensores y detractores.

No cabe dudar de las características de lo genérico y lo impreciso que rodean al objeto que abarca el derecho a la BA, lo que posibilita englobar varios derechos subjetivos de identidad más precisa, revelando así ciertas dudas sobre lo acertado de su calificación técnico-jurídica como derecho, y es justamente en ello en lo que se han sustentado los detractores de tal

¹⁸ Al respecto, *vid.* la sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 2003.

¹⁹ En este sentido, parafraseando al Dr. Matilla, el poder público debe verse, necesariamente, como un mecanismo al servicio de la sociedad y de sus integrantes, y ser el *animus* que rija su actuar de cumplir tan primordial función. *Vid.* Matilla Correa: *Op. cit.*, pp. 39-40. En tal sentido, la BA vino a ser el pilar donde debía de cimentarse el control de calidad de toda decisión administrativa, pues la idea no se limita a consagrar el deber de la administración de no ser irracional y arbitraria en sus decisiones, ni siquiera se agota con el cumplimiento de la legalidad, sino que se aviene más con el deber jurídico de hacer un adecuado ejercicio de su función, que se acerca más a la idea de «acertar» (adoptando la administración decisiones adecuadas, de calidad) que a la de «no fallar» (se aviene con la idea o parámetro de legalidad). *Vid.* Carrillo Donaire: *Op. cit.*, p. 1160.

²⁰ *Vid. Op. cit.*, p. 1161.

²¹ Rodríguez-Arana Muñoz: «El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho administrativo», en C. M. Ávila Rodríguez y F. Gutiérrez Rodríguez (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, p. 104.

consideración, soslayando —solo para acotar— que el Derecho está plagado de conceptos/instituciones/derechos indeterminados.

Junto a lo anterior, Fuentetaja Pastor²² ha señalado que la BA es más bien un principio o derecho informador carente de vinculatoriedad por sí mismo, ya que el problema radica en haber elevado el principio de BA a la categoría de Derecho subjetivo cuya invocación ante los tribunales resulta problemática.

Al respecto, Lucio Pegoraro²³ concluía que una BA, en una visión teórica, no es un derecho, es el objetivo mismo del Estado (cuyos fines son exactamente: defensa externa y administración interna de una comunidad), cualquiera que sea su forma, prescindiendo del orden que se dé, posición que el autor de este artículo no comparte del todo, pues no podemos confundir los fines de la AP con la forma, estructura y organización en que dicha administración debe llevar a cabo ese acometido, lo que solo puede realizarse a través de una BA.

Concuerdo con la profesora brasileña Cintia Morgado,²⁴ al estimar que la gran dificultad de aceptación de un derecho fundamental a la BA deriva de la fuerte nota procedimental y organizativa que trae consigo, pues exige, más que cualquier otro derecho, estructuras y organizaciones con miras a su concreción, conllevando con ello, indudablemente, a subjetivizar deberes que corresponden a la administración.

No se puede dejar de reconocer que resultan innegables los beneficios que reporta el reconocimiento de la BA, como un derecho subjetivo fundamental, pues refuerza al resto de los «subderechos» que lo conforman, los que pudiéramos sintetizar en dos grandes grupos: los relativos a los derechos de acceso (a pedir; participar en la vida política, económica, cultural y social; los servicios públicos; la información; los expedientes, archivos y registros; y la justicia); y la garantía a estándares altos de calidad en el servicio público a través de la adopción de decisiones bajo un régimen de información adecuada y veraz, de modo equitativo, imparcial, objetivo, a la luz del principio de proporcionalidad, etc.

UNA MIRADA DESDE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

El Artículo 41 de la Carta de Niza consagra, a nivel constitucional, el derecho a una BA, dotándolo de contenido sintetizándose en el derecho de todo ciudadano a que las instituciones y órganos (administrativos) traten sus

²² Vid. «El derecho a la buena administración en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, no. 15, p. 151.

²³ Vid. «¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el abuso de la palabra “derecho”)», en Andry Matilla Correa *et al.* (coords.), *Ensayos de Derecho público en conmemoración del sesquicentenario del natalicio de León Duguít*, pp. 588 y ss.

²⁴ Vid. «Direito à boa administração. Recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento», p. 81.

asuntos de forma imparcial, equitativamente y en un plazo razonable; el derecho a ser oído, antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones; derecho a la reparación, por parte de la administración, de los daños causados por sus instituciones y agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes; y el derecho a presentar las reclamaciones y recibir las respuestas a estas, en su lengua originaria. Como complemento, el Artículo 42 reconoce el derecho de acceso a los documentos.

Con base en ello, no podemos sostener que el vigente texto constitucional cubano consagre a la BA como un derecho fundamental.²⁵ No obstante, se refiere a él de forma implícita, pues en su redacción existen elementos que nos pueden hacer descubrir la presencia de derechos, deberes, garantías o principios de actuación del Estado cubano, que nos configuran, aunque de forma quizás accidental, la noción de BA como un principio que ha de regir la AP. Ahora, eso sí, lo anterior no deja de plantearnos un problema de alta complejidad, por cuanto hablar de BA en estos términos, o sea de manera «difusa»,²⁶ trae al debate temas sobre los que existen muchas divergencias y una alta incompreensión en nuestra sociedad, como son: administración de calidad, transparencia y ética en el ejercicio de la función pública.

Para sostener la anterior afirmación, debemos tomar como punto de partida del análisis el Artículo 1 de la CR de 1976 que, al definir los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano, prescribía que «Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana».

En la recién proclamada CR, este artículo, aunque mantiene su posicionamiento, se perfecciona en el sentido que sigue:

Cuba es un Estado socialista de derecho, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad y la

²⁵ Ni siquiera la doctrina cubana de la segunda mitad del siglo xx. En Cuba, la idea de BA ha sido desarrollada en los últimos tiempos por valiosos profesores de la Universidad de La Habana, como Andry Matilla, quien, en un artículo citado antes, abordó el asunto. Actualmente, con el auspicio de este profesor, se desarrolla una tesis doctoral que se acerca a la BA en Cuba; también el ilustre magistrado cubano Fernando Álvarez-Tabío la abordó, aunque no la desarrolló en profundidad.

²⁶ La utilización del término *difuso* no tiene otro propósito que marcar la característica que tiene este principio general del Derecho devenido en derecho fundamental. Pues, como se ha acotado, la BA, de una forma u otra, engloba otros derechos que pudieran ser fundamentales, o no, según los distintos regímenes constitucionales.

ética de sus ciudadanos, que tiene como objetivos esenciales el disfrute de la libertad política, la equidad, la justicia e igualdad social, la solidaridad, el humanismo, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva.²⁷

En la «declaración de principios» recogida en el frontispicio de la actual Carta Magna, podemos anclar la tutela constitucional cubana del principio a una BA, pues no debemos dejar de tener en cuenta que es el ser humano, el que, por su propio derecho, ha devenido, en los últimos años, el epicentro del DA y de todas las ciencias sociales y, por ende, ha de ser receptor de un servicio público que le permita su realización como individuo para, así, alcanzar su bienestar individual, que indudablemente trasciende a la colectividad.

Por ello, la interrelación de las categorías jurídicas de interés general —colectivo, público...—, BA, justicia social y bienestar individual y colectivo, es la que permite fundamentar la afirmación que antecede, en tanto el interés público es una institución en la cual, desde el punto de vista jurídico-administrativo, se reúnen el voluntarismo y el necesario racionalismo normativo del sistema que guía al ordenamiento jurídico. Al ser aplicada a un caso concreto, define mejor sus contornos y se ajusta a su función, dependiendo de las circunstancias relacionadas con la norma que legitima la actuación administrativa. Su concepto no nace de la nada, o de lo impersonal; nace del interés o la necesidad de una pluralidad indeterminada de personas, conduciendo su utilidad a través de juicios valorativos.

Para Sainz Moreno,²⁸ la noción de interés público se distingue, aunque no se opone, de la noción de interés privado. La expresión *interés* (sustantivación del latín *interesse*, estar entre) tiene el doble significado de valor que una cosa posee en sí misma y de inclinación del ánimo hacia un objeto, persona o relación que lo atrae. Por eso, la noción de interés público puede entenderse como expresión del valor público que, en sí mismas, tienen ciertas cosas, o bien como expresión de aquello que interesa al público. En el primer caso se trata de una noción objetiva, que designa una cualidad de las cosas, cualidad cuya existencia no depende de que alguien la estime. En el segundo, por el contrario, se trata de una noción subjetiva, expresión de lo que, de hecho, interesa a una pluralidad indeterminada de personas.

Según el autor antes citado, el interés público se sustenta en los intereses privados de cada persona, pero no en todos, sino en los que esta comparte con los demás. Así pues, la noción de interés público, al ser expresión de aquello que los intereses privados tienen de común, no se opone ni superpone a esta última, sino que, en alguna medida, la asume. El valor positivo que refleja el concepto de interés público deriva de la permanencia que lo público

²⁷ Artículo 1 de la CR, proclamada el 10 de abril de 2019.

²⁸ Vid. «Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», en *Revista española de Derecho administrativo*, no. 8.

tiene sobre lo privado, no por ser distinto, sino por ser general. Tomado en sí mismo, el concepto de interés público coincide con el de interés general y con el bien común; es el interés común de todos los ciudadanos. Se trata pues de una noción indeterminada, pero, no por eso, menos operativa en el ámbito del Derecho. Su misma indeterminación facilita la formación de juicios de verdad, ajustados a su idea nuclear.²⁹

Empero, el autor se permite acotar que no es tan definitiva la idea de que la noción del interés público refleja los intereses de «todos» los ciudadanos, ello, más que ideal, no es posible; siempre habrá quien, por supuesto, entre interesados, no coincida con la cualificación circunstancial del interés público que, de alguna manera, afecte a su particularísimo interés. Puede reflejar el interés de la amplia mayoría de los ciudadanos, pero la absolutización no es más que una pretensión, aunque muy bien intencionada, ideal *per se*.

Aunque el concepto de interés público sea de carácter indeterminado,³⁰ lo suficientemente indefinible para dejar un margen de apreciación a la AP en su actuar, no obsta ello para que el legislador establezca las pautas de su reconocimiento inequívoco a partir de una actuación administrativa de buena fe. El ente de poder público vendría, entonces, a realizar en la práctica la noción de servicio público que ha determinado el legislador, y todos los operadores jurídicos deben ser guiados por las prescripciones normativas al respecto.³¹

Otro precepto que puede servirnos para defender la existencia de rasgos que construyen el principio de BA es el Artículo 7 constitucional, que consagra la supremacía de la CR y somete, por mandato del Artículo 9, al imperio de la ley, el actuar de todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados. Según Guevara Quintanilla,³² el sometimiento de la administración a la ley es una consecuencia del Estado democrático de Derecho, en tanto la ley es producto del órgano que representa la voluntad popular. El sometimiento al Derecho es un ámbito de aplicación más amplio, ya que se refiere a la Constitución, los tratados internacionales, etc. En virtud de ello, la administración, en el ejercicio de sus funciones, debe

²⁹ Sainz Moreno: *Op. cit.*, p. 63.

³⁰ No se acaba de encontrar en la doctrina un concepto que refleje una imagen inequívoca y objetiva acerca de lo que debe considerarse como el «interés público»; lo que más se ha logrado hasta el momento es describirlo, en todas las ocasiones, tomando en consideración el sistema jurídico de que se trate y la realidad histórico-política, económica y social que lo contextualice. Según Cerri, lo que no puede acontecer es que confundamos el interés público con el común; en tanto el segundo sería el coincidente de cada uno de los asociados, el interés general —público— sería el de la colectividad objetivamente entendida, que puede consolidarse, incluso, a través del sacrificio de los intereses de algunas categorías o grupos. Por otro lado, Carlos A. De Cores y Juan M. Cal señalan que tampoco puede ser confundido dicho interés con la «utilidad pública», en tanto la distinción estriba en que esta sería una especie dentro del género interés, por cuanto, citando, a su vez, a Berdaguer, el interés puede ser patrimonial o no patrimonial, mientras que la utilidad económica, como su propio nombre lo indica, es siempre patrimonial.

³¹ Sainz Moreno: *Op. cit.*, p. 63.

³² *Vid. El derecho a la buena administración.*

ejecutar las leyes, y disponer y organizar con responsabilidad las funciones que, según aquellas, le corresponden.

En la medida que la administración desempeñe sus funciones en el ámbito competencial que le atribuye la ley, en su sentido lato, respetando los procedimientos que ella misma se ha dado para encausar las peticiones que le formulen los ciudadanos/administrados, o cumplir la función atribuida, estaría cumpliendo con ese deber de propiciar una BA.³³

La BA puede ser considerada una especie de derecho-garantía o principio general del Derecho que propicia la defensa de otros derechos, por lo que dota de unidad a los reconocidos de manera dispersa en el ordenamiento jurídico, en línea con lo cual, actualmente, esta noción de BA ha de concretarse desde el respeto a otros derechos y principios constitucionalmente reconocidos en la CR, entre los que cabe mencionar: respeto de la dignidad de la persona humana (Preámbulo y Artículo 40), el derecho a la defensa (Artículo 59), el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazo adecuado, conforme a la ley (63).

En la nueva CR, aparecen otros artículos que regulan subderechos que engloban el principio a una BA, como lo es el 42, el que, al regular el derecho a la igualdad, establece que los ciudadanos tienen el derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana.

Otros artículos, como el 94, que constitucionaliza el derecho al debido proceso, el judicial y el administrativo, entre otras cuestiones, establece el derecho de los ciudadanos a disfrutar de igualdad de oportunidades en los procesos, no ser privados de sus derechos, si no es a través de resolución fundada, o el de tener un proceso sin dilaciones.

Los artículos 53 y 97, por primera vez en predios nacionales, ofrecen el reconocimiento del derecho a la información, visto desde la perspectiva del deber de la administración de ofrecerle al ciudadano la información que, con respecto a su persona, posee; ello, indiscutiblemente, como elemento necesario para poder entablar cualquier defensa de los legítimos intereses de este y como manifestación de una administración transparente. Asimismo, se reitera el derecho a la formulación de quejas y peticiones, que pueden ejercer los ciudadanos, ahora en el 61, precisando que las respuestas que se ofrezcan deben ser oportunas, lo que ratifica la idea de que sea en un plazo razonable y que esta, a su vez, sea pertinente, evitando así las evasivas.

³³ *Ibid.*, p. 10.

En rango infraconstitucional, no hay una ley cubana de procedimiento administrativo que sirva de cauce común a la AP para tramitar las peticiones que le formulen los ciudadanos. No obstante, existen varias normas que regulan el procedimiento que la administración debe seguir para canalizar determinadas peticiones. Tal es el caso de la Ley general de la vivienda (LGV), cuyo Capítulo X («Competencia y procedimiento para resolver las reclamaciones de derecho y los litigios en torno a las viviendas») obliga a la administración a emplazar a la persona contra quien se dirija la reclamación, lo que consagra el derecho de todo individuo a ser oído antes de tomarse cualquier decisión que pudiera afectarle.³⁴

Similar proceder se describe en el procedimiento elaborado para cumplir las funciones que, a las direcciones municipales de Planificación Física, les fueron atribuidas, las que aparecen reguladas en la Resolución No. 54, de 26 de agosto de 2014.

Otro se puede apreciar en la Resolución No. 170, de 17 de marzo de 2017, del Ministerio de la Agricultura y por la cual se instaura el procedimiento para los conflictos administrativos agrarios. En la mentada norma ministerial, se consagran derechos como a la fundamentación del acto administrativo y el acceso a la información que dicho ministerio posee de los administrados, lo que reviste un elemento singular en este tipo de normas procedimentales.

De lo anterior, se colige que la AP cubana, aunque, desde el punto de vista legalmente establecido, no está conminada a garantizar a los ciudadanos, como parte de los derechos fundamentales que estos tienen, el de una BA, sí debe cumplir con los principios de calidad en las decisiones que tomen en beneficio de los derechos del ciudadano, ya que, aunque la BA no se encuentra positivada como derecho, sí se configura de manera implícita en las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales relacionadas, deviniendo principio que debe regir y armonizar la actuación administrativa.

EL CONTROL JUDICIAL Y LOS DERECHOS A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Resulta innegable el carácter positivista que aún impera en la mayoría de los operadores del Derecho, constriñendo este a la norma escrita, intentando depurar el saber jurídico de todo elemento axiológico, histórico, ideológico, político, sociológico y ético, circunscribiéndola en los cánones del positivismo continental y por ende soslayando que, en el Derecho, no solo existen normas, sino, también, valores, reglas, principios que dotan de plenitud a los ordenamientos jurídicos.

En tal sentido, los principios generales del Derecho sirven de necesarias válvulas de oxigenación que bien aclimatan el ordenamiento jurídico a las

³⁴ Artículo 131 de la LGV, tal como quedara modificada por el Decreto Ley No. 322, de 31 de julio de 2014.

circunstancias cambiantes de la sociedad; o, a través de ellos, se unifica e integra el Derecho, adecuando este a las dinámicas de la vida y permitiendo garantizar la materialización del valor justicia.

Es justamente en esto en lo que ha de radicar la razón por la cual la idea de BA ha estado presente en las argumentaciones jurídicas que han sustentado las decisiones judiciales para corregir el mal proceder de la administración, lo que no significa que estas no estuviesen inspiradas en ello. No pocos han sido los mandatos judiciales que han ordenado a la administración cumplir los procedimientos que ella misma se ha establecido para canalizar las peticiones que le formulan los ciudadanos.

No obstante, se debe tener en cuenta el deber que, desde la judicatura, se tiene de contribuir al disfrute por parte de los ciudadanos de una BA, como parte de esa función revisora que del actuar de la administración le viene impuesta a los órganos de justicia y, para ello, debe introducirse este concepto en las decisiones que así lo ameriten.

A continuación, se propone un acercamiento a cada uno de estos derechos o elementos que conforman el principio a una BA, a través de distintos pronunciamientos judiciales, acotando que, cada uno de ellos, por separado, merecen y tienen un análisis, pero que, por cuestiones de tiempo y de espacio, no pueden ser abordados en el presente estudio.

Tratar los asuntos de manera imparcial, equitativamente y en un plazo razonable

Este derecho u obligación que tiene la administración se encuentra no solo íntimamente ligado a la consagración del derecho que, a la igualdad, tiene todo ciudadano, sino, también, guarda relación con la obligación del ente administrativo de recibir y resolver las peticiones que los administrados les presenten y que estas sean justas y equitativas, conminando para ello a la administración a recabar toda la información necesaria para resolver la litis.

En este sentido, la administración tiene el deber de recibir y tramitar todas las peticiones que le formulen, sin abstenerse de conocer el asunto, arguyendo para ello cuestiones que pueden, perfectamente, ser despejadas una vez desplegada su actividad probatoria.

Al respecto, se puede citar como ejemplo el pronunciamiento judicial contenido en la Sentencia No. 118, de 30 de junio de 2017, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana (SSCA-TPP-LH), la que, en su único considerando, establecía que «[...]no ha obrado la administración ajustada a derecho al inadmitir la petición formulada por quien hoy acciona ante esta judicatura, sobre el argumento de que existiendo litigio en relación [con] la herencia [...] debía quedar dilucidado tal particular previo a emitir el dictamen [...]; en tanto debió en todo caso hacer uso de las facultades que le franquea el Artículo 82 en relación con el Artículo 78 ambos de la Resolución No. 54,

de 26 de agosto de 2014, del presidente del Instituto Nacional de Planificación Física y constatar a través de los medios idóneos para ello, la veracidad de lo argüido por la hoy demandada [...] Que al no advertir esto, obvio resulta que erró la Administración al resolver como lo hizo, cuestión que solo puede ser restablecida ordenando la nulidad del acto cuestionado [...]».

En este deber de tramitar las peticiones que tiene la administración, viene conminada a recabar toda la información necesaria para arribar a un juicio justo y, con ello, pronunciarse. En tal sentido, la administración quebranta no solo el principio de legalidad que la ordena, al no desplegar de manera efectiva una actividad probatoria que le viene impuesta en virtud de lo regulado en las normas que instrumentan el procedimiento que endógenamente discurre ante sí, y que le permita emitir un pronunciamiento justo, sino, también, quebranta el deber de ofrecer con ello una BA. En este sentido, se ha pronunciado la propia sala, en el Auto No. 24, de 6 de marzo de 2018, al sostener que «[...] la administración en franca inobservancia de lo establecido en los artículos 134 y 135 de la Ley general de la vivienda, dejó de agotar la práctica de todas las pruebas para arribar a una decisión apegada a derecho [...] lo que, sin lugar a dudas, colocaría a la administración demandada en una mejor posición para resolver el diferendo [...]».

El cumplimiento de tal deber de la administración de aprehender las pruebas que le resulten necesarias para la solución eficaz y eficiente del diferendo sometido a su conocimiento no solo ha sido ordenado por los órganos judiciales, sino, incluso, cuando esto no haya acontecido de forma precisa en sede judicial, con el nada desdeñable argumento de que tal falencia en el trámite gubernativo, ineludiblemente, atenta contra la función revisora que tiene la autoridad judicial.³⁵

Otro elemento que conforma este derecho lo constituye la obligación de la Administración de resolver en un «plazo razonable». Con independencia de la vaguedad del vocablo, algunos autores encierran el «derecho de plazo razonable» dentro del haz de derechos o contenidos implícitos que se desprenden del derecho al debido proceso, y aparece reconocido como tal en varios tratados internacionales, de los cuales Cuba es signataria y, por ende, es una obligación su reconocimiento y no vulneración como garantía del debido proceso,³⁶ lo que motivó que apareciera reconocido con rango constitucional en el Artículo 94 g) de la vigente CR.

³⁵ Sobre esta línea de análisis, pueden tenerse a la vista las sentencias 625 (24 de agosto de 2018, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP) y la 129, de 30 de junio de 2017 (SSCA-TTP-LH); y los autos de 19 de septiembre de 2016 (expediente administrativo No. 280 de 2016) y de 17 de julio de 2017 (expediente administrativo No. 118 de 2017).

³⁶ Entre ellos, la Declaración universal de los derechos humanos (Artículo 10), el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (6.1), la Convención sobre los derechos del niño (6.1), la Convención de Belém do Pará (3 y 4) y el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950 (6).

Al respecto, aunque no siempre las autoridades administrativas puedan cumplir los plazos legalmente establecidos y, por tanto, ciertos retrasos justificados pueden ser válidos para el mejor resolver del caso, ello no impide que se produzcan dilaciones indebidas o arbitrarias, por lo que debe analizarse, en cada caso concreto, si hay motivo que justifique la dilación o si, por el contrario, se trata de un retraso indebido o arbitrario.³⁷ En sede judicial, no tengo referencias de que tal cuestión haya generado pronunciamiento invalidante de lo actuado por la administración, aunque cabría analizar si ello pudiera generar tal efecto o si, por el contrario, tal dilación innecesaria pudiera generar la obligación de la administración a indemnizar, en algunos casos, al amparo del propio precepto 94 h) del magno texto cubano.

Derecho a ser oído

Este subderecho, que encuentra abrigo bajo el principio de BA, tiene su anclaje, inexcusablemente, en el derecho a la defensa³⁸ y del debido proceso, los que consagran que nadie puede ser condenado sin previamente ser escuchado y vencido en juicio.

Según Susana Lorenzo,³⁹ el derecho a la defensa no puede hacer pensar en su referencia al campo penal, sino que «su extensión» es posible a toda situación en que el individuo se encuentre frente al Estado, *acusado*, asociando este vocablo a un contenido que abarca a cualquiera que esté soportando la imputación de haber causado una lesión al orden jurídico; y afirma que un sistema republicano democrático es inconcebible sin un amplio recibo del derecho de defensa que, junto al de legalidad, constituyen los grandes pilares sobre los que se edifica aquel orden.

Las principales normas que regulan los procedimientos administrativos comunes establecen la obligatoriedad de las administraciones de notificar a los administrados cualquier reclamación establecida en su contra o que pueda afectarlos. En suelo patrio, existen varias normas de carácter administrativo que establecen tal derecho, constituyendo una de las principales causales por las que las salas de lo Administrativo decretan la nulidad para que la administración verifique tal particular.

³⁷ La doctrina y la jurisprudencia han sistematizado tres elementos que permiten evaluar tal situación: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades.

³⁸ Con esta perspectiva se ha pronunciado la SSCA-TPP-LH, arguyendo que una BA debe tener, como componente esencial, el derecho del administrado a ser escuchado, antes de que se adopte una decisión en su contra o que, al menos, lo involucre, garantía esta que se erige como una de las manifestaciones del derecho que, a la defensa, consagraba el Artículo 59 de la CR de 1976, el que no puede interpretarse restrictivamente al ámbito de la jurisdicción penal, por lo que todos los órganos, incluyendo los administrativos, deben cumplir y respetar, pues más allá de constituir una protección a los gobernados, deviene razón de orden público. Auto No. 77, de 9 de agosto de 2018 (SSCA-TPP-LH; ponente: Olivárez Gaínza).

³⁹ *Vid. Sanciones administrativas*, pp. 104-105.

Los órganos jurisdiccionales han ordenado la nulidad de las actuaciones gubernativas y el debido emplazamiento de la parte interesada, no solo cuando, claramente, lo señala quien pide ante la administración,⁴⁰ sino, también, cuando, incluso, no es señalado, pero, de la propia actuación y pronunciamiento que realiza el ente administrativo, puede constatarse que existen otras personas que pueden ser agraviadas de manera directa o indirecta con la solución del conflicto.⁴¹

Resulta, también, llamativo cómo un sector de la doctrina extiende este derecho a ser oído y, consecuentemente, a la defensa, hasta la notificación del acto que se denuncia generador del agravio, llegando incluso a estimar que tal incumplimiento resulta violatorio de los más elementales principios inherentes a la personalidad humana y atentarian contra los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, eficacia administrativa; en fin, el principio de BA, legitimando una solución claramente arbitraria que coloca a la persona en una situación de indudable indefensión,⁴² por sobre todas las cosas porque se le privaría del derecho a poder impugnar tal decisión.

Para resumir, el derecho a ser oído, cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona, es tanto una regla de BA como de buena decisión judicial. Es, también, un importante criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras.

Derecho a acceder a expedientes

Este contenido del derecho a una BA guarda relación con la transparencia de la actividad administrativa y el derecho a la información de los ciudadanos, pues resulta innegable la importancia que, incluso para la materialización del derecho a la defensa, reviste la posibilidad de que los administrados puedan acceder a las informaciones que, sobre su persona y asuntos, poseen las administraciones.

De las normas administrativas revisadas, solo se advierte este derecho, reconocido en la Resolución No. 170 de 2017, del Ministerio de la Agricul-

⁴⁰ En este aspecto se pronunciaron los autos 13 (18 de febrero de 2016) y 33 (28 de junio de 2016), de la SSCA-TPP-LH.

⁴¹ En el Auto No. 72, de 30 de julio de 2018, de la precitada sala de justicia, se precisa que «la administración, en inobservancia del procedimiento establecido, dando por sentado que el área en litis es común a otros vecinos que la circundan, dejó de emplazar a estos, para que sean oídos en la reclamación planteada [...] que sirve de precedente a este pleito judicial, habida cuenta [de] las posibles afectaciones o no que a sus derechos le pueda acarrear el pronunciamiento que en su día se dicte ante aquella o esta instancia; quebrantado el procedimiento que establecen los artículos 84 y siguientes de la Resolución No. 54, "Procedimiento para cumplir las funciones que se traspasan a las direcciones municipales y provinciales de Planificación Física", de 26 de agosto de 2014, del presidente del Instituto Nacional de Planificación Física; y vistas así las cosas, tal quebrantamiento nos conduce a la nulidad de todo lo tramitado en esta instancia, así como en la instancia administrativa [...]».

⁴² Ruocco: «El principio del "debido proceso" en vía administrativa», en *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, p. 16.

tura, que prevé tal posibilidad. No obstante, hoy se erige como derecho constitucional en el Artículo 97 de la Carta Magna.

En sede judicial, de las resoluciones tenidas a la vista, no fue posible encontrar alguna decisión que tuviera como sustento la violación de este derecho. Lo más afín a ello ha sido lo relativo a la obligación que tiene la administración de aportar al órgano judicial todos los antecedentes gubernativos relacionados con el caso y que tenga en sus archivos.

Deber de la administración de motivar sus decisiones

Resulta verdaderamente interesante que el Artículo 41 de la Carta de Niza introduzca la motivación como deber que tiene la administración frente a los administrados, con independencia de lo impreciso que pudiera ser, desde un primer acercamiento, el término utilizado, pues dicho vocablo viene de la palabra *motivo*, que, a su vez, se asocia con *explicar* y, según acota Manuel Atienza,⁴³ los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas; siendo, entonces, lo correcto, el deber de la administración de argumentar sus decisiones.

No obstante, en la actualidad, parece existir un conceso en asumirse como sinónimos (aunque no lo son) los vocablos *motivar* y *argumentar*, como se acepta en este estudio, pues lo que si resulta incuestionable, en el contexto del Derecho moderno es que la obligación de motivar (argumentar) las decisiones contribuye a hacerlas aceptables y a que el Derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana.⁴⁴

De la misma forma, se sostiene la idea de que el deber de *motivar* las decisiones administrativas tiene una íntima relación con los derechos humanos y con el Estado de Derecho. Con respecto a la primera idea, ya se ha apuntado que es el ser humano el centro de la actividad administrativa y, en virtud de ello, estos tienen el derecho de conocer las razones por las cuales se dictó un acto jurídico, para impugnarlo en caso de que le cause agravio.

Asimismo, tiene una vinculación con el Estado de Derecho, en tanto supone que toda la actividad administrativa debe estar sujeta al control jurisdiccional de sus actos y esto no puede llevarse a cabo si no se conocen los argumentos o razones que tuvo la administración para emitir la manifestación de voluntad que contiene el acto administrativo.⁴⁵

⁴³ Vid. *La razón del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p. 4.

⁴⁴ Esto presupone una administración que dialoga con los ciudadanos y contribuye a la gobernanza, otra cuestión que guarda relación con la BA.

⁴⁵ El autor concuerda con lo planteado por Jaime Rodríguez-Arana, respecto a la vinculación que establece entre esto y la democracia, al sostener que el ejercicio del poder en las democracias ha de ser argumentado, razonado, motivado. Vid. «El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo», en Ávila Rodríguez y Gutiérrez Rodríguez (coords.), *El Derecho a una buena administración y la ética pública*, p. 103.

En suma, según palabras de Augusto Durán Martínez, la motivación debe ser suficiente, congruente y exacta para que sea eficaz. Será suficiente una motivación cuando, con su sola lectura, se pueden advertir las razones determinantes del acto. Por otro lado, será congruente cuando existe coherencia entre la parte expositiva y la dispositiva del acto, o dicho en otros términos, cuando existe razonable adecuación entre los motivos y la finalidad enunciados y el contenido del acto consignado en la parte dispositiva, habida cuenta de que la congruencia es una exigencia de razonabilidad. La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de Derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido. Mientras que la suficiencia y la congruencia se aprecian con la simple lectura del acto, la exactitud exige «un salto del papel», puesto que es preciso comparar lo dicho en el acto con la realidad.

En esto se inserta la Sentencia No. 99, de 29 de junio de 2018, de la SSCA-TPP-LH, por la cual el órgano judicial ordenó anular el acto administrativo impugnado para que, de forma clara y congruente, motivara la decisión impugnada. Estimó que «[el acto administrativo] debe realizarse de manera fundada, explicando las causas que motivan el actuar del funcionario y deberá exponer en base [sic] a que parámetros lo ha determinado y qué características del artículo denotan su posible fin comercial, pues en caso contrario se convertiría en una actuación arbitraria y caprichosa que bajo ningún concepto puede ser aceptada por esta sala de justicia. Que en este caso el ente administrativo se limita a manifestar que posee carácter comercial por su naturaleza y función, sin explicar las razones que lo llevaron a ello [...]. Que constituye un principio general del Derecho administrativo la debida motivación del acto de ella emanado, lo que se ha incumplido y ello impide que pueda esta sala de justicia ejercer debidamente la función revisora de que en estos casos está investida [...]».

Resulta llamativo que este contenido del derecho o principio a una BA no haya sido de los más utilizados para corregir el actuar de la administración, pese a que no cabe duda que la motivación, justificación o argumentación de las decisiones administrativas que son revisadas por las salas de justicia cumplen este requisito de manera formal. No obstante, el autor alberga la esperanza de que este panorama cambie en los próximos años, en tanto la Carta Magna cubana reconoce el deber de los órganos judiciales y administrativos, como contenido del debido proceso, a fundamentar sus decisiones.⁴⁶

Derecho a la reparación de los daños causados por la administración

La administración, tal como acontece para los ciudadanos, está sujeta al principio general *alterum non laedere* (el deber de no causar daño a otro), so pena de resarcir el daño causado.

⁴⁶ Artículo 94 e), CR vigente.

No obstante, tal petición debe discurrir por los cauces procedimentales de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁴⁷

Derecho a presentar reclamaciones y a recibir respuestas, en su lengua originaria

Este aspecto tiene mayor incidencia en aquellos países en los cuales existe diversidad lingüística, asociada en lo fundamental por la coexistencia en el territorio de varios grupos étnicos a los cuales los Estados les reconocen sus tradiciones culturales, entre ellas, el lenguaje.

En Cuba, al poseer una única lengua, no constituye un problema por lo general. Pero, no obstante, se pudiera generar algún conflicto con un ciudadano extranjero con residencia permanente en el territorio nacional, cuya lengua o idioma sea distinto al nuestro, pues, al reconocer la CR que el idioma del Estado es el español, hasta cierto punto limita este aspecto, conmina a interpretar que todos los escritos que se dirijan a sus instituciones estén escritos en este idioma. Al respecto, el Artículo 107 de la LPCALE establece que los escritos que se presenten ante los tribunales estarán redactados en idioma español, lo que debe aplicarse de forma extensiva a los que se presenten ante las autoridades administrativas, en virtud de la función revisora que los órganos jurisdiccionales poseen del actuar de la administración.

CONCLUSIONES

La BA nace como un principio rector del DA en el ámbito europeo, el que finalmente lo eleva al rango de derecho fundamental, según el Artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza, distinción esta que ha tenido sus detractores, pero que coadyuva a la potencialización de los subderechos que se abrigan en él.

El ordenamiento jurídico cubano no contempla la BA como un derecho fundamental, lo que no excluye la posibilidad de que, en el entramado constitucional cubano, podamos encontrar preceptos que dibujen el contenido de este principio. Igualmente, se pueden encontrar otros reductos en normas de rango infraconstitucional, lo que ha posibilitado que, aunque de manera incipiente, se haya efectuado el control judicial del actuar de la administración que haya quebrantado el principio de BA, que debe ser el principio rector de la AP, desplazando a un segundo plano el de legalidad,

⁴⁷ Al respecto el Artículo 658 de la LPCALE establece la jurisdicción administrativa, como cauce procedimental para las peticiones dirigidas a interesar la responsabilidad patrimonial de la administración. Recientemente, fue promulgada la Instrucción No. 245, del CG-TSP, para, provisionalmente, desarrollar el derecho constitucional de recibir reparación del daño que la administración ocasione, a partir del Artículo 98 de la CR.

en tanto el primero subsume al segundo y se aviene más con los fines de la administración, pues esta no solo debe cumplir con la ley, sino que debe procurar que su gestión sea buena para asegurar la convivencia nacional con respeto a la dignidad de la persona humana, con todo el conjunto de derechos que le son inherentes.

En cualquier caso, lo cierto es que lo que se espera de la AP es que la dirección de la cosa pública esté guiada por la mejora constante de la vida del pueblo en su conjunto, entendido este como la generalidad de los ciudadanos; y esto solo se logra desde una BA.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel: *La razón del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2.^a reimp., México, 2005.

Carrillo Donaire, Juan Antonio: «Buena administración: ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en Juan Alfonso Santamaría Pastor (coord.), *Los principios de Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.

De Tocqueville, Alexis: *De la démocratie en Amérique*, t. 1, 14.^e éd., Librairie Éditions, Paris.

_____: *El antiguo régimen y la revolución*, trad. de Jorge Ferreiro, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996.

Dufour, Gabriel: *Traité général de Droit administratif appliqué*, t. 3, 12.^e éd., Librairie du Conseil d'État, Paris, 1854.

Fuentetaja Pastor, Jesús Á.: «El derecho a la buena administración en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, no. 15, Madrid, 2008.

Guevara Quintanilla, Miguel A.: *El derecho a la buena administración*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2010.

_____: «Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo», en *Revista de Administración Pública*, no. 6, septiembre-diciembre de 1951.

Hauriou, Maurice: *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. 3, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929.

Lorenzo, Susana: *Sanciones administrativas*, Editorial B. de F., Montevideo, 1996.

Magiera, Siegfried: *El derecho a una buena administración en la Unión Europea*, trad. de Mario Kolling, [s. m. d.].

Matilla Correa, Andry: «Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad», en Matilla Correa (coord.), *Tendencias actuales del Derecho administrativo*, Unijuris, La Habana, 2017.

- _____: «Comentarios sobre las fuentes del Derecho administrativo cubano (excepto el Reglamento)», en *Temas de Derecho administrativo cubano*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana.
- Meilan Gil, José Luis: «El paradigma de buena administración» [s.m.d.].
- Moreau, Félix: *Le règlement administratif. Étude théorique et pratique de Droit public français*, Paris, 1902.
- Morgado, Cintia: «Direito à boa administração. Recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento», en *R. Dir. Proc. Geral.*, no. 65, Rio de Janeiro, 2010.
- Pegoraro, Lucio: «¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el abuso de la palabra "derecho")», en Andry Matilla Correa *et al.* (coords.), *Ensayos de Derecho público en conmemoración del sesquicentenario del natalicio de León Duguít*, Lazcano Garza Editores, Monterrey (México), 2011.
- Resta, Raffaele: «L'onere di buona amministrazione», en Colectivo de autores, *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova (Italia), 1940.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J.: *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Aranzadi, 2006.
- _____: «El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho administrativo», en C. M. Ávila Rodríguez y F. Gutiérrez Rodríguez (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Ruocco, Graciela: «El principio del "debido proceso" en vía administrativa», en *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, Janeiro, junho/2013.
- Sainz Moreno, Fernando: «Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», en *Revista española de Derecho administrativo*, no. 8, enero-marzo de 1976.
- Tornos Mas, Joaquin: *El derecho a una buena administración*, Barcelona, 2007.

Legislación y jurisprudencia

- Auto No. 33, de 28 de junio de 2016, SSCA-TPP-LH.
- Auto No. 13, de 18 de febrero de 2016, SSCA-TPP-LH.
- Auto de 19 de septiembre de 2016 (expediente administrativo No. 280 de 2016), SSCA-TPP-LH.
- Auto de 17 de julio de 2017 (expediente administrativo No. 118 de 2017), SSCA-TPP-LH.
- Auto No. 24, de 6 de marzo de 2018, SSCA-TPP-LH.

Auto No. 72, de 30 de julio de 2018, SSCA-TPP-LH.

Auto No. 77, de 9 de agosto de 2018, SSCA-TPP-LH.

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza.

«Constitución de la República de Chile», en https://www.oas.org/dil/esp/-Constitucion_Chile.pdf [consulta: 13-9-18].

«Constitución del Reino de España», en http://www.lamoncloa.gob.es/documentos/constitucion_es1.pdf [consulta: 13-9-18].

«Constitución de la República Italiana de 1947», en <http://www.ces.es/TRESMED/-docum/ita-cttn-esp.pdf> [consulta: 13-9-18].

«Constitución Portuguesa de 1976», en <http://www.confinder.richmond.edu/-admin/docs/portugalsp.pdf> [consulta: 5-7-19].

Constitución de la República de Cuba de 1976.

«Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de abril de 2019», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 5, La Habana, 10 de abril de 2019.

«Instrucción No. 245, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 9, ed. extraord., La Habana, 21 de junio de 2019.

«Ley Fundamental para la República Federal Alemana», en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> [consulta: 13-9-18].

Ley No. 82, «De los tribunales populares», de 11 de julio de 1997.

Ley No. 65, «Ley general de la vivienda».

Ley No. 7, «Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico».

«Resolución No. 54, de 26 de agosto de 2014, “Procedimiento para cumplir las funciones que se traspasan a las direcciones municipales y provinciales de Planificación Física», Instituto de Planificación Física, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 40, ed. extraord., La Habana, 5 de septiembre de 2014.

«Resolución No. 170, de 17 de marzo de 2017, del Ministerio de la Agricultura», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 20, La Habana, 28 de junio de 2017.

Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1990.

Sentencia del TJCE, de 15 de octubre de 1987.

Sentencia del TJCE, de 18 de octubre de 1989.

Sentencia del TJCE, de 21 de noviembre de 1991.

Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 2003

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de diciembre de 1994.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 1995.

Sentencia No. 625, de 24 de agosto de 2018, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia No. 118, de 30 de junio de 2017, SSCA-TPP-LH.

Sentencia No. 129, de 30 de junio de 2017, SSCA-TPP-LH.

Sentencia No. 99, de 29 de junio de 2018, SSCA-TPP-LH.

GARANTÍA DEL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD PERSONAL: EL HÁBEAS CORPUS

Lic. Raudel Navarro Hernández

Lic. Marcia del Carmen Campos Jardines

Lic. Yaíma Reyes Santamaría

Lic. Denys Gonzalo Domínguez Reyes

jueces profesionales, TPP de Mayabeque

«La necesidad es ciega hasta que se vuelve consciente.
La libertad es la conciencia de la necesidad».

KARL MARX

Resumen: En este artículo se aborda el tratamiento teórico del hábeas corpus, su regulación en el Derecho comparado latinoamericano y su concepción desde las normas del Derecho internacional público, así como un análisis crítico de esta institución en la realidad cubana pretérita y actual, en el que subyacen modestas propuestas para su perfeccionamiento, deducibles de algunos señalamientos realizados.

Abstract: This article addresses the theoretical treatment of habeas corpus, its regulation in Latin American comparative law and its conception from the norms of public international law, as well as a critical analysis of this institution in the present and past Cuban reality, in the that underlie modest proposals for improvement, deductible from some statements made.

Palabras clave: hábeas corpus, libertad personal, garantía jurisdiccional y debido proceso.

Keywords: Habeas corpus, personal freedom, jurisdictional guarantee and due process.

Sumario: Orígenes y evolución histórica. Naturaleza jurídica. Contenido esencial o sustancial del derecho a la libertad. Limitaciones al derecho a la libertad. Garantías jurisdiccionales e institucionales. Clasificaciones doctrinales del hábeas corpus. En México, Ecuador y Argentina. Desde el Derecho internacional público. El hábeas corpus en Cuba. Conclusiones. Bibliografía.

SIN DUDA, LA libertad (entendida en su aspecto corporal o físico, de locomoción, ambulatoria, autogobierno, fijación de la residencia, etc.) es, por antonomasia, un derecho inherente al ser humano¹ porque, solo

¹ Michel de Montaigne decía que «la verdadera libertad consiste en el dominio absoluto de sí mismo».

mediante él, se pueden hacer efectivos el goce y el disfrute del resto de los derechos fundamentales de las personas y de otros tipos de libertades que, en su conjunto, significan esa libertad entendida como valor supremo.²

Genéricamente hablando, la libertad —en palabras de Peces Barba— es «[...] el referente central, bóveda del fundamento de los derechos fundamentales, al que apoyan, completan y matizan los otros valores: igualdad, seguridad jurídica y solidaridad».³

El alto valor que representa este derecho para todo ser humano en lo individual, y para toda sociedad como colectivo organizado de personas, nos ha movido históricamente en aras de reclamarlo, conquistarlo y garantizarlo: el largo proceso de la lucha contra la esclavitud en el mundo y su final abolición constituye, por ejemplo, el más claro supuesto.⁴ Es, entonces, cuando se puede hablar del hábeas corpus (HC), precisamente, como garantía jurídica y constitucional, con función de salvaguarda y vigilante, en definitiva, como mecanismo real y potencialmente efectivo en pos de enarbolar la bandera de la libertad.

No obstante, existen condiciones, circunstancias y supuestos fácticos en los que la libertad, entendida en el sentido antes apuntado, puede verse, y de hecho se ve, parcial o totalmente limitada o perturbada, lo cual es aceptado por el Derecho y la justicia, siempre y cuando haya causa justificante (normalmente comisión de hechos delictivos) y se agoten los procedimientos legales para llevar a cabo las detenciones o privaciones de la libertad en un sentido amplio, lo cual las debe convertir, en principio, en excepcionales.

Precisamente, a los debates teórico-doctrinales, legales y jurisprudenciales acerca del HC, está dirigido este artículo, con el propósito de abordar los fundamentos teóricos y su tratamiento en el Derecho comparado latinoamericano, evaluar la implementación desde el Derecho internacional público y analizar esta institución en la realidad cubana, con un enfoque crítico de su regulación y aplicación, a propósito de ser acogida en la actual Constitución de la República, lo cual representa un verdadero logro en materia de garantías jurisdiccionales en Cuba, básicamente en lo concerniente al debido proceso la tutela judicial efectiva y, como consecuencia, un paso de avance en el perfeccionado derecho constitucional, al menos en el plano formal.

² «Las facetas espirituales de la libertad, o se contemplan en otros derechos (libertad para crear, expresar, informar, profesar un credo...) o se reflejan con carácter genérico en el valor superior *libertad*». Belda Pérez-Pedrero: «El derecho a la libertad y a la seguridad personal: Parlamento y Constitución», en *Anuario*, no. 3, p. 225.

³ *Curso de derechos fundamentales (teoría general)*, p. 103.

⁴ Aunque, como bien resalta Belda-Pérez Pedrero (*Op. cit.*, p. 226), «[...] desgraciadamente puede que se prolongue (refiriéndose a la esclavitud) hasta nuestros días revestida de variadas relaciones de dependencia personal, territorial o comercial».

ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A pesar de que cierto sector de la doctrina sitúa los orígenes del HC en el Derecho romano, específicamente en su interdicto *Homo libero exhibendo*,⁵ hay unanimidad en que su perfeccionamiento, como institución jurídica, se enmarca en el Derecho consuetudinario de la Inglaterra medieval, cuya evidencia histórica y legal se halla en la ley inglesa de HC de 1679, aunque, ya desde la Carta Magna de 1215, se disponía que «ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra».

Lo cierto es que el Derecho inglés tuvo una connotada repercusión en varios países con la instauración de los cimientos de esta figura o instrumento procesal, lo que estuvo dado, fundamentalmente, por la colonización inglesa en América y en otras partes del mundo, que expandió esta figura y su innegable garantismo allende los mares; y que, al estar relacionado con uno de los principales derechos humanos y aspiraciones del hombre (la libertad y la seguridad personales), ha venido siendo ampliamente aceptado en las constituciones de los diferentes Estados, desde entonces y hasta nuestros días.

En América Latina, el HC nace especialmente a partir de los procesos de independencia, aunque, en la madre patria, existía el antecedente equivalente, conocido como «recurso de manifestación de personas», propio del Derecho aragonés; por lo que, seguramente, mediante la extensión del Derecho ibérico a las colonias americanas, se protegía o garantizaba la supremacía del bien jurídico *libertad y seguridad personal*, o bien, al menos, en el incipiente pensamiento jurídico del Nuevo Mundo, se movía alguna propuesta a la Corona para su aplicación en las colonias.

Esta institución ha venido perfeccionándose y desarrollándose teóricamente; y, en cierto sector de la doctrina (y algunas constituciones y legislaciones más avanzadas), lo han expandido a los horizontes de otros derechos más allá del clásico y originariamente concebido de la libertad,⁶ como a los de la vida y la integridad física, especialmente como derechos

⁵ El jurisconsulto Ulpiano decía que «este remedio (refiriéndose a lo que hoy conocemos como HC) se ha instituido para proteger la libertad personal a fin de que ninguna persona libre natural fuere detenida».

⁶ La agresión histórica al bien jurídico y al Derecho se ha materializado mediante procedimientos de detenciones arbitrarias. Así se deduce de las circunstancias sociales escritas por Beccaria en *Dei delitti e de le pene*, que la consecuencia natural y automática de la denuncia era la detención.

conexos al de la libertad en condiciones de reclusión,⁷ en lo que ha desempeñado un papel preponderante —según García Morelos—⁸ el *procesalismo constitucional latinoamericano*.

Eso sin contar los supuestos de hecho en los que, aun sin ser de naturaleza penal, el Estado ha acudido a la limitación de la libertad personal como forma operativa, si se quiere, de solución; y que, también, deberían tener en el HC la misma protección que las detenciones y privaciones de libertad originadas con motivo de un proceso penal.⁹

En algunas legislaciones, se conoce como exhibición personal y, en otras, como amparo, aunque, en este último caso, la relación es más bien de género a especie, ya que, normalmente, en cuanto al objeto, el HC se limita a la protección de la libertad personal, mientras que el amparo salvaguarda la generalidad de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, excepto aquellos de naturaleza política, al estilo del amparo mexicano, como lo veremos más adelante.

En la actualidad, no pocos son los ejemplos de sistemas jurídicos, abiertamente sometidos a un estado policia, que emplean indiscriminadamente mecanismos procesales (propios del Derecho penal adjetivo), más allá de las meras detenciones, como por ejemplo, la prisión preventiva o provisional como medida cautelar o, incluso, la sanción judicial de privación de libertad efectiva, desconociendo en ese sentido la existencia de otras sanciones, de naturaleza pecuniaria, o sustitutivas o subsidiarias de la privación de libertad (claro está, para los casos de menor gravedad), como mecanismos que ha buscado el Derecho penal con una actual tendencia minimalista, que reconoce su carácter de última ratio, por afectar, como Derecho sancionador por excelencia, bienes jurídicos tan elementales como la propia libertad personal, así como la vida, la integridad física, los derechos patrimoniales, políticos, etc.

⁷ «Los derechos tutelados por la garantía de habeas corpus son la libertad personal, ya que en última instancia se define si la persona permanece o no detenida, pero además busca proteger la vida y la integridad personal dado que de la experiencia hemisférica se desprende que en los períodos de incomunicación o de incertidumbre del paradero de la persona es cuando la tortura, la ejecución extrajudicial o la desaparición forzada de personas tiene una mayor posibilidad de ocurrir». Cordero Heredia y Yépez Pulles: *Manual (crítico) de garantías jurisdiccionales constitucionales*, p. 110.

⁸ Vid. «El proceso de hábeas corpus en el Derecho comparado», p. 510.

⁹ «Como formas de privación de libertad, además de las originadas por motivos penales, se consideran como límites a la libertad personal, otras formas de privación de libertad, que expresamente obedecen a los siguientes motivos: i) por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; ii) de menores, con el fin de vigilar su educación o de su detención, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; iii) de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; y iv) de extranjeros, para impedir que entren ilegalmente en el territorio o contra el cual está en curso un procedimiento de expulsión o extradición». Castañeda Otsu: «Actualización de una garantía histórica de la libertad. El hábeas corpus: su regulación jurídica en España y Perú», p. 75.

Lo más preocupante no es solo la detención o la limitación de la libertad como consecuencia, sino lo que ello puede significar como paso previo a la desaparición del procesado o detenido,¹⁰ que constituye, precisamente, uno de los nuevos alcances de la institución del hábeas corpus, en correspondencia con una amplia y moderna clasificación, en dependencia de varios criterios de protección.

NATURALEZA JURÍDICA

«La discusión existente entre los eruditos y especialistas del Derecho, en cuanto a determinar con precisión la naturaleza jurídica del hábeas corpus, es tan grande como ancestral es la figura misma. Se le ha considerado como garantía, recurso, acción, derecho, institución, juicio, procedimiento,¹¹ etc. Atendiendo a su evolución histórica, a su espacio geográfico de aplicación, a su ejercicio mismo o simplemente a la interpretación que cada uno de los involucrados haga del mismo».¹²

El HC tiene naturaleza jurídica de garantía constitucional y jurisdiccional del derecho a la libertad y la seguridad personales como bienes jurídicos, ya que, mediante él, se hace efectivo, con la correspondiente intervención judicial, el disfrute de ese derecho y su restablecimiento en los casos en que ilegal y/o arbitrariamente pueda haber sido perturbado. Sin duda, ese es el fin, y sea mediante los cauces procesales de una acción,¹³ para algunos, o recursos, para otros (aunque, particularmente, los autores de este artículo difieren de esta concepción, en igualdad de criterio con tratadistas como el

¹⁰ Dicha práctica de desaparición forzada o involuntaria de personas constituye un crimen de lesa humanidad y, en América Latina, tuvo sus orígenes con la implementación de la represión contra disidentes, por parte de oficiales de ejércitos de diferentes países del área, que se entrenaban en la Escuela de las Américas, en Panamá, todo lo cual respondía a la doctrina de seguridad nacional de los EE.UU., a partir de 1947, con el comienzo de la llamada Guerra Fría y de la consecuente creación del Consejo de Seguridad Nacional. Antes ya habíamos tenido los crímenes del régimen de Maximiliano Hernández Martínez, en El Salvador, en 1932 y, después los de Guatemala, tras el derrocamiento del gobierno de Jacobo Arbenz (1963-1966); pero la tendencia se fue desarrollando cuantitativamente en los años 70, luego de la instauración de las dictaduras militares de Argentina y Chile, viéndose actualmente involucrados, en esta práctica, países como Paraguay, Bolivia, Colombia, México, Perú, etc.

¹¹ «El objeto del procedimiento es una pretensión de naturaleza constitucional, puesto que el mismo se configura como una garantía procesal específica prevista en la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal». Sentencia 154/1995, de 24 de octubre (jurisprudencia española).

¹² Rosales Jiménez: «El hábeas corpus como garantía individual en la Constitución de 1983, perspectivas de desarrollo desde los Acuerdos de Paz, período 1992-1994».

¹³ «Una acción institucional, de Derecho público, con carácter *sui generis*, imposible de clasificar como perteneciente a un fuero civil o penal». Sánchez Viamonte: *El habeas corpus, garantía de la libertad*, 2.ª ed., p. 33.

argentino Germán José Bidart Campos¹⁴ y Ramón Soriano¹⁵), el HC no es más que la vía de protección o salvaguarda de la libertad y seguridad personales, entendidas como derecho fundamental y/o bien jurídico que debe ser protegido; y, en este sentido, se edifica en principios procesales, tales como *sumariedad, antirritualismo, inmediación y bilateralidad*, entre otros.

Dicho de otra manera, esta figura puede ser entendida en dependencia del contexto y de la orientación jurídica o denominación que le otorgue cada legislación en particular, bien como acción, recurso, procedimiento, o como prefieren otros, por considerarlo más abarcador y genérico, un proceso; incluso, puede hacer las veces de uno u otro, pues, como bien ha escrito García Morelos, «[...] la mixtura lo convierte —al hábeas corpus— en una verdadera garantía, evitando posturas restringidas para su papel tutelador».¹⁶

«En definitiva, la finalidad del habeas corpus es la de controlar la legalidad de la detención practicada y hacer cesar de inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad».¹⁷

CONTENIDO ESENCIAL O SUSTANCIAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD

Evidentemente, se parte de una concepción limitada de la libertad, que no incluye otras aristas de ella, como pueden ser la libertad de conciencia, la de pensamiento, la religiosa, la política, etc.; y los autores la entienden, solamente, en su dimensión física, por lo que, en consecuencia, se trata de una libertad íntimamente relacionada con la seguridad personal.

El contenido esencial de un derecho humano, como lo es la libertad, no puede entenderse sino a partir de la propia naturaleza del hombre como especie, o lo que es lo mismo, de la esencia del ser humano. Así, por ejemplo, si existiera (como de hecho existe) la necesidad humana de desplazarse, de fijar residencia hoy en un lugar y, pasado un tiempo, en otro, etc., en correspondencia con la realización de propósitos personales y sociales, de la existencia misma y de la dignidad; entonces, se reconocerá el derecho a la libertad personal como un derecho fundamental, como un preciado bien jurídico que debemos intentar garantizar por todos los medios, incluido,

¹⁴ «No es un recurso, sino una acción, con la que se promueve un juicio o proceso de índole sumaria. La índole de la pretensión que es obtener decisión sobre la libertad de una persona cuya privación se ataca por ilegitimación o ilegal, suscribe la necesidad de que la vía procesal sea idónea y apta por su celeridad como para llegar a la sentencia con la menor demora posible». *Vid. Manual de Derecho constitucional argentino*, p. 430.

¹⁵ «Porque no representa un nuevo conocimiento judicial respecto a una instancia procesal previa o cualquier otro acto de los poderes públicos del Estado, de ahí que sea impropio llamarle recurso». *Vid. «El Derecho de hábeas corpus»*, p. 267.

¹⁶ *Vid. Op. cit.*

¹⁷ Sentencia 194/1989, de 16 de noviembre (jurisprudencia española).

como es lógico, por las vías jurídicas reconocidas, en especial por la protección constitucional.¹⁸

El contenido de este derecho humano es lo que hace que el derecho a la libertad personal sea ese y no otro; o, como expresa una sentencia del tribunal constitucional español, «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así».¹⁹

Puede hablarse de contenido esencial o sustancial de ese derecho a la libertad personal sencillamente porque emana de la naturaleza jurídica y de la esencia misma de un derecho humano o fundamental que, como bien definiera Ferrajoli, son «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendido por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica».²⁰

Dicha norma jurídica, en principio, tratándose de este tipo de derecho, debe ser la Constitución o Ley fundamental de cada país; y, como bien escribió Durán Ribera, «no cabe duda de que el reconocimiento de los derechos fundamentales en los textos constitucionales es un logro importante»;²¹ pero también es cierto que «el efectivo ejercicio de los derechos de libertad y participación, solo cobra sentido si se dan unas condiciones materiales previas [...] unos medios básicos que garanticen un mínimo vital en condiciones de dignidad»;²² de lo contrario, escasas serán las posibilidades reales de protección, de esferas propias, que como la libertad personal, puedan ser susceptibles de perturbaciones arbitrarias y/o ilegales.

Es por ello que, en este punto, y de cara al derecho que se analiza, en el HC, se haya su garantía por excelencia, pues su desconocimiento constitucional —aun cuando nuestras constituciones enarbolan la libertad como un derecho y bien superior (y, dentro de ella, la libertad personal como especie)— constituiría uno de los supuestos a los que se refiere la idea desarrollada desde el siglo XIX y, con mayor fuerza, en el XX, con el llamado *constitucionalismo democrático*, de que «los derechos, sin garantías, son una mera fórmula legal».

¹⁸ «Los bienes humanos es lo debido a la persona humana por ser tal y es lo debido porque es lo que le corresponde por tener la naturaleza y dignidad humanas, por eso se formulan como bienes jurídicos vinculantes». Castillo Córdova: «El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales», p. 145.

¹⁹ Sentencia 11/2981, de 8 de abril.

²⁰ *Vid. Derechos y garantías*, p. 37.

²¹ *Vid.* «Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 285.

²² *Idem.*

LIMITACIONES AL DERECHO A LA LIBERTAD

Estos límites o limitaciones están dados por principios y normas constitucionales y extraconstitucionales necesarios para el desarrollo de la convivencia social, como el orden público y la seguridad ciudadana, en aras del respeto a la ley y a los derechos del prójimo, en todo momento, cuyas violaciones, en la medida de su gravedad, pueden justificar la persecución estatal, ante una extralimitación del derecho a la libertad de quien lleva a cabo la conducta infractora, y generar la necesidad de una detención o cualquier otra forma de privación de la libertad, todo esto en las llamadas situaciones de normalidad institucional.

No obstante, «existen algunos supuestos en que la actuación de los agentes de las fuerzas de seguridad del Estado no consiste en practicar detenciones sino que, basándose en sospechas o como medidas de control preventivas frente a la comisión [o *presunta comisión*, podría decirse] de un determinado delito, pueden realizar otro tipo de diligencias, provocando restricciones de su libertad a ciudadanos, por un tiempo más o menos limitado»,²³ como pueden ser pruebas de alcoholemia, registros corporales, etc.

Sin embargo, existen otras circunstancias en las que las restricciones pueden ser más prosaicas, por llamarlo de algún modo, lo que está dado por situaciones extremas para el país en cuestión, y que generan la declaración de estados de excepción constitucionales, cuyas causales varían de una legislación a otra, aunque, en lo fundamental, están relacionadas con amenazas de guerra, o la declaración de guerra propiamente dicha, otros peligros inminentes que provienen de situaciones internas del propio Estado o del escenario internacional e, incluso, el peligro que suelen representar ciertos fenómenos naturales y meteorológicos.

Lo que sí queda claro es que estas declaraciones de estados excepcionales han de ser temporales, pero una temporalidad que debe ser entendida como lo más breve posible que permita rebasar la situación de anormalidad y, aun en estos casos, como bien dice Nogueira Alcalá, con estricto apego al principio *pro homine*,²⁴ «[...] no pudiendo nunca afectarse el ejercicio de otros, los que están expresamente contemplados tanto en la Convención americana de derechos humanos (Artículo 27), como en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (Artículo 4º)».²⁵

²³ Vidal Prado: «Algunos límites del derecho a la libertad personal. Controles de alcoholemia: legislación y jurisprudencia», p. 120.

²⁴ «Criterio fundamental [que] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio *pro persona*] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción». Medellín Urquiaga: *Principio pro persona*, p. 17.

²⁵ Nogueira Alcalá: «Las limitaciones legítimas a los derechos humanos», p. 141.

Grosso modo, estas vienen siendo las cuestiones más generales de lo que la doctrina constitucional entiende por limitaciones de los derechos fundamentales, en cuyo análisis, como es lógico, habría que dedicarle un punto aparte a la llamada *doctrina del abuso del derecho*, en la que el sujeto titular del Derecho subjetivo actúa en correspondencia con la norma legal que ampara su facultad, pero se ejerce o invoca de mala fe o con fines contrarios a la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho, y a la justicia, en general, como valor.

El perfil del límite²⁶ debe estar dado por las respuestas a los interrogantes cómo, por qué y hasta cuándo será limitado el Derecho. Para resolver la limitación, se hace indispensable la ponderación o la realización de un juicio de proporcionalidad que permita determinar, en el caso concreto, qué bien jurídico debe prevalecer y cuál, en consecuencia, se debe sacrificar (por un lado, el derecho a la libertad física y la seguridad personal; y, por el otro, el orden público y la seguridad ciudadana como bienes jurídicos), sin que ello necesariamente implique una total vulneración del bien jurídico o derecho sacrificado.²⁷

Por ello, cuando se determina detener o privar de la libertad a un procesado, mediante imposición de medida cautelar o sanción dispuesta en sentencia judicial, el Derecho ha buscado alternativas que garanticen la subsistencia del derecho limitado mediante mejoras en las políticas penitenciarias, como el régimen de comunicación y visitas, la creación de espacios de socialización entre los reclusos, los beneficios consistentes en pases, etc. Sin embargo, el derecho a la seguridad personal no tiene por qué conocer límite alguno, pues debe ser una situación garantizada con libertad física o sin ella.

GARANTÍAS JURISDICCIONALES E INSTITUCIONALES

La historia de las garantías y la protección a los derechos fundamentales del ser humano ha pasado por varias etapas o fases, en dependencia de las circunstancias sociales, políticas y económicas de cada país. Estas garantías se han distinguido en la efectividad de sus formulaciones: por

²⁶ De cierta forma, ya ha sido abordado en líneas precedentes, el límite lo es en la medida que delimita el contenido y la naturaleza del derecho.

²⁷ «Esta situación conduce a realizar una verdadera ponderación de valores fundamentales, caso por caso, tal como lo ha hecho nuestro más alto tribunal de justicia constitucional [el autor se refiere al mexicano], precisamente a efecto de reconocer los umbrales naturales, léase limitaciones, de cada derecho humano —incluido aquí el de la libertad personal— según la situación particular que ha debido resolver con gran responsabilidad, solvencia y mesura». Cabeza de Vaca Hernández: «¿Los derechos humanos tienen límites?».

una parte, en el llamado Estado de Derecho;²⁸ y, por otra, en el Estado constitucional,²⁹ así como en el período de transición del uno al otro. Incluso en una etapa anterior, en pleno apogeo de los clásicos Estados modernos, de los que siempre tomamos derechos fundamentales y, por ende, las garantías a estos, se reducían básicamente a la vida y a la propiedad y, claro está, reservados en exclusiva a las clases «superiores».

A partir de la Segunda Guerra Mundial, y debido a la necesidad de levantar la dignidad del ser humano, por razones como las asociadas a las consecuencias del fascismo en Europa, el apartheid en África, las dictaduras militares de América Latina, etc., se comenzó a acuñar el término *derechos humanos*, abarcando estos un amplio espectro de atributos inherentes al ser humano, con independencia de su posición económica, y que fueron ampliamente atesorados en la declaración universal de 1948 y otras regulaciones de Derecho internacional abocadas a esos mismos fines.

El control de constitucionalidad originalmente concebido en Norteamérica con el fallo histórico del juez Marshall, de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Malbury vs. Madison*; y en Europa con las ideas de Kelsen, también marcó un hito en el respeto a los derechos constitucionales y sus respectivas garantías, aunque cierto es que «[...] el control constitucional que se establecía era básicamente sobre normas jurídicas y no sobre actos del Estado, además de sobre la parte orgánica de las constituciones y no sobre la dogmática».³⁰ Afortunadamente el nuevo constitucionalismo ha llevado a otras dimensiones el contenido y alcance de ese control, con una eficacia indudable y positiva en el reconocimiento de derechos ciudadanos y garantías.

Si, concretamente, se habla del derecho a la libertad personal, se puede comprender que su garantía jurídica por antonomasia la constituye el HC, aunque, lógicamente, no es la única; hay otras, como el derecho de fijar residencia y a circular en cualquier punto dentro de los territorios na-

²⁸ «A raíz del advenimiento del Estado de Derecho, las garantías a los derechos a la vida, a la propiedad y a las libertades se viabilizaron mediante el desarrollo de ramas del Derecho como el Derecho penal y en especial el Derecho civil». Cordero Heredia y Yépez Pulles: *Op. cit.*, p. 17.

En estas condiciones, la aplicación directa de las constituciones era casi nula, los derechos se invocaban y/o reconocían por la ley o en virtud de la actividad jurisprudencial de los tribunales. Las irónicamente mal llamadas leyes fundamentales eran vistas como simples normas programáticas, no como disposiciones jurídicas con fuerza vinculante.

²⁹ «Un Estado constitucional sería un Estado de Derecho en donde: (i) la Constitución es una norma jurídica y como tal puede ser aplicada por cualquier juez o jueza de manera directa y obligatoria; (ii) debe existir un sistema de justicia que haga efectivos los derechos contenidos en la Constitución con la obligación de tutelar los derechos aún en caso de que no exista normativa inferior que desarrolle los contenidos constitucionales; (iii) los derechos constitucionales son límites efectivos a lo que las instituciones democráticas pueden decidir, aun cuando representen los deseos de la mayoría de la población». *Ibid.*, p. 19.

³⁰ Cordero Heredia y Yépez Pulles: *Op. cit.*, p. 18.

cionales, la libre movilidad humana asociada al fenómeno de la migración de un país a otro, las garantías propias dentro de los procesos penales (el llamado debido proceso y la tutela judicial efectiva), etc.

El HC tiene la característica de funcionar como una garantía institucional,³¹ en la medida en que es llevada a norma jurídica en las constituciones, como normalmente sucede y debe ser, aunque algunas legislaciones se han limitado a adoptarla simplemente en la ley, lo que, a criterio de los autores, más que una garantía, constituye un peligro latente, al poder ser, en términos legales y formales, perfectamente suprimida en cualquier momento, en virtud de los simples cauces de modificación o de sucesión de leyes en general.

Afortunadamente, en la Constitución de la República de Cuba, aprobada el 10 de abril de 2019, se ha incluido esta garantía institucional y jurisdiccional.

CLASIFICACIONES DOCTRINALES DEL HÁBEAS CORPUS

A continuación, nos adentraremos en la clasificación doctrinal que los nuevos tiempos le han impuesto a la antigua figura jurídica que se estudia, que, por antigua, ha tenido una concepción clásica o tradicional. Se trata del llamado HC principal o reparador, cuya finalidad —según López Palacios— es restituir la libertad inmediata en casos de detenciones o privaciones de libertad arbitrarias, ya acontecidas o potencialmente posibles de acontecer.

La clasificación igualmente incluye el HC restringido (accesorio o limitado, como también se le conoce), del que dice Sagues que busca el bloqueo de conductas tendentes a perturbar el derecho a la libertad individual, pero en una magnitud mucho menor que las detenciones prolongadas. Se trata de actos de seguimiento o vigilancia llevados a cabo por las autoridades pertinentes.

Siguiendo a este autor, aparece el HC de pronto despacho, de naturaleza reparadora, cuyo objeto es agilizar ciertos trámites administrativos asociados a la orden de libertad de una persona que haya estado ilegítimamente privada de la libertad, precisamente ante la negligencia o inactividad de los funcionarios públicos con funciones de ventilar la liberación.

Por su parte, el HC correctivo busca garantizar, al menos, un mínimo de condiciones de respeto a la libertad y la dignidad humana, aun cuando se esté en condiciones de detención o reclusión, con sujeción a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. De él, han escrito algunos autores, como Mattarollo y Galindo Sandoval.

³¹ «Carl Schmitt es el creador de la teoría de las garantías institucionales, tal y como afirma en su obra *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich* (1931): “Yo concebí la idea de garantía institucional en mi *Teoría de la Constitución* (1928)”. Es en estas dos obras donde expone con mayor amplitud su doctrina de las garantías institucionales como una técnica constitucional limitadora del poder legislativo». Jaramillo Fernández: «Compendio de la garantía institucional de la autonomía local: desde Carl Schmitt hasta la reforma del Art. 135 de la Constitución Española», en *CEMCI*, no. 29, pp. 2-3.

Para este académico, y para otros, coexiste el llamado HC en el traslado del detenido, el mismo que se da en casos de auxilio policial, por ejemplo, cuando una persona es detenida en una jurisdicción en la que no es de interés criminal, por la solicitud de otra (sea nacional o extranjera) que sí lo tiene. En estos casos, pueden suscitarse demoras en los traslados por falta de coordinación en la transportación, etc.

Velásquez Ramírez y Galindo Sandoval conciben el HC preventivo, no obstante ser la reclusión un hecho innegable, y que se puede llevar a cabo con infracción de formalidades constitucionales o legales, pero para que prospere, según estos autores, es requisito que la perturbación a la libertad individual se encuentre en fase de ejecución, lo que implica que la amenaza debe ser concreta y objetiva.

El HC instructivo se invoca cuando alguien haya sido privado de la libertad por alguna autoridad que desconoce haber llevado a cabo la detención, lo que imposibilita precisar dónde se halla el privado de la libertad. Al respecto, *vid.* Pezo Roncal.

Finalmente, no porque no existan otros criterios de clasificación, sino porque los expuestos hasta aquí son los más importantes, está el HC innovativo, del que, entre otros, ha escrito Espinoza Ramos. Es aquel que persigue la repetición en términos de reparación integral, dígase sanción, etc., contra los funcionarios responsables de la conducta perturbadora de la libertad de una persona; aun cuando dicha libertad ya se haya restablecido, en aras también de que las circunstancias que motivaron en pretérito tal quebrantamiento no vuelvan a ocurrir.

EN MÉXICO, ECUADOR Y ARGENTINA

No se puede hablar de un HC mexicano como garantía independiente con esa denominación,³² lo que no significa que no existan garantías al derecho de libertad personal. Estas se encuentran comprendidas hoy, y desde hace al menos siglo y medio, en el conocido juicio de amparo, que tiene la particularidad de funcionar como garantía institucional y jurisdiccional de todos los derechos constitucionalmente reconocidos, a excepción de los de naturaleza política.

La legitimación para invocarlo es pública, o sea, cualquier persona, incluidos los menores de edad, puede solicitarlo ante los jueces competentes (tribunales federales), los que poseen amplias facultades durante el proceso de conocimiento, como por ejemplo la disposición de medidas cautelares. Es una estructura sencilla y de tramitación sumaria, basada en principios procesales

³² «[...] lo que un sector de la doctrina —como Fix Zamudio— llama "amparo de la libertad", esto es, amparo para proteger la libertad corporal o ambulatoria, con lo cual resulta que el hábeas corpus no existe en México en cuanto tal, pero se encuentra subsumido dentro del amparo, con lo que la protección que éste brinda es suficiente para el bien jurídico tutelado, que es la libertad». García Belaúnde: «El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes», p. 70.

reconocidos constitucionalmente, que cuenta, además, con una ley reglamentaria (Ley de amparo). Desde su concepción en México hasta la fecha, el contenido del amparo, en lo concerniente a la recuperación de la libertad individual en los casos de su privación ilegal, es muy al estilo del HC estadounidense.

En Ecuador, la figura en cuestión tiene respaldo constitucional, como una garantía institucional que se desarrolla más ampliamente como acción y como garantía jurisdiccional propiamente dicha, en la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

En cuanto a la competencia para su conocimiento, una vez producida la detención ilegal, se determina el juez del lugar en el que se origina el acto o la misión o donde se producen sus efectos. Ecuador ha concebido un HC amplio, que no solo tiene por objeto la recuperación de la libertad, sino la protección de la vida y la integridad corporal de las personas privadas de esta.

Se caracteriza por ser un procedimiento ágil, cuya vista debe producirse en las 24 horas siguientes de presentada la respectiva acción, audiencia en la que no solo se presentará al privado de la libertad, sino la orden de la detención, en virtud de la cual se ha mantenido en condiciones de reclusión, y la autoridad a disposición de la que se encuentre; así como las justificaciones fácticas y jurídico-legales que justifiquen la medida. El pronunciamiento judicial resolviendo la solicitud de HC debe resolverse dentro de las 24 horas siguientes de finalizada la audiencia. En los casos en que la disposición de la privación de libertad provenga de autoridades que intervengan en un proceso penal, se interpondrá el HC en forma de recurso, ante la Corte Provincial de Justicia.

Un aspecto a resaltar en la regulación ecuatoriana, y de la cual debería hacerse eco nuestro ordenamiento jurídico patrio, es el relacionado con la inmediata disposición judicial de la libertad, en los casos en que se haya comprobado privación ilegítima o arbitraria,³³ muy por el contrario de como se encuentra definido en la Ley de procedimiento penal (LPP) cubana, en la que, aun en esos casos, si existen motivos que justifiquen la detención, se podrá mantener esta.³⁴

El caso argentino es interesante, ya que su modelo de Estado federal (con una distribución de competencias diferente, por ejemplo, al de México) ha permitido una descentralización en la producción normativa, de forma que, aunque existe una ley que establece la vigencia del HC en todo el territorio (la 23.098 de 1984³⁵), se podrán aplicar las constituciones y leyes

³³ De igual forma se procederá si se constata cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante a la víctima.

³⁴ Al respecto *vid.* Artículo 475 de la LPP y la correspondiente crítica que, en el orden apuntado, le realizan los autores, más adelante, en lo relativo al tratamiento del HC en Cuba.

³⁵ «[...] prevé la jurisdicción de aplicación, los supuestos en que procede el funcionamiento de la garantía, su relación con el estado de sitio, la legitimación para promover la acción de hábeas corpus, la declaración de inconstitucionalidad en el procedimiento del hábeas corpus y la viabilidad del recurso de inconstitucionalidad contra las sentencias que dicten los tribunales superiores (arts. 1º a 7º)». Fontanillo, Urruti y Gianinetto: «Hábeas corpus, "una garantía constitucional"», p. 5.

de cada provincia, en la medida que ofrezcan una mejor protección a la libertad personal y mejor eficiencia en la adopción del HC.

No obstante, esta disparidad, si se quiere llamar así, sí tiene sus límites bien definidos en la garantía regulada en el Artículo 28³⁶ de la Constitución Nacional (CN), en relación con el 43³⁷ *in fine* constitucional, que prevé expresamente el HC y que fue incorporado, formalmente, durante la reforma constitucional de 1994,³⁸ ya que la CN data de 1853.

El HC argentino se emplea para casos de detenciones ilegales o de mantenimientos agravados e ilegítimos de privaciones de libertad, así como de desapariciones forzadas de personas, y su procedimiento comienza con una denuncia ante el juez competente, por escrito o verbal, desprovista de formalidades legales, sin que se requiera de intervención letrada. Su tramitación y solución es rápida, cuya audiencia y fallo deben producirse dentro de las 24 horas siguientes a la interposición de la acción. Es de resaltar que la protección al derecho de libertad física se garantiza en Argentina aun en estado de sitio.

DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

No es de extrañar que el HC, cual garantía asociada a un derecho tan universalmente demandado, como lo es la libertad personal, haya conquistado la normativa internacional, tradicionalmente denominada de Derecho internacional público, más aun en un escenario regional y mundial en el que la mayoría de las constituciones, al menos las más apegadas al llamado *nuevo constitucionalismo*, aunque sea en el plano formal, contemplan mecanismos que garantizan la aplicación directa de los instrumentos internacionales, en especial en materia de derechos (y, por ende, de sus garantías), lo que, sin duda, viene a ser un asidero para aquellos ordenamientos que, desde la Constitución, no prevén la figura en cuestión.

He aquí lo que, al respecto, establecen algunos de los instrumentos jurídicos globales o regionales en los que se encuentra contemplada la protección internacional del derecho a la libertad personal, mediante la garantía institucional del HC.

a) Declaración universal de los derechos humanos. El Artículo 8 establece que «toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley».

³⁶ «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

³⁷ «Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio».

³⁸ Sin embargo, ya previamente el HC era una figura de aplicación en el ámbito jurisprudencial.

b) Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Según su Artículo 9.4, «toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal».

c) Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. El Artículo xxv.3 regula que «todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad».

d) Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José. Su Artículo 7.6 dispone que «toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona».

Por otra parte, su Artículo 25.1 establece que «toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

e) Convención interamericana para prevenir la violencia contra la mujer. El Artículo 4 prevé que «toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. [Entre otros, comprende] el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos».

EL HÁBEAS CORPUS EN CUBA

Al parecer, la primera intención de llevar el HC a una Constitución aplicable en la América colonial española fue en la de Cádiz de 1812, gracias a la petición efectuada por el diputado guatemalteco Manuel de Llano, lo que finalmente no fue incorporado al texto, pero con ello se maduró la idea al respecto, que quedó latente en el pensamiento político y jurídico americano de la época.

Si bien los estudios históricos sobre el origen del HC en Cuba no son abundantes, algunos autores, como el peruano Domingo García Belaún-

de, lo sitúan en 1898,³⁹ según consta en una de sus obras.⁴⁰ Se trata de la llamada Constitución provisional de Santiago de Cuba, conocida como Constitución de Leonardo Wood, de 20 de octubre de 1898, la cual establecía que «cualquiera persona podrá ser puesta en libertad mediante fianza suficiente menos en aquellos delitos que tuvieren señalada pena aflictiva cuando exista prueba plena o presunción bastante de culpabilidad; no pudiendo privársele del derecho a una orden de Habeas corpus sino cuando el General en Jefe lo considere conveniente».

A fines de 1900, el gobierno de facto en la isla emite la Orden Militar No. 427, que mantiene «[...] su vigencia en las constituciones de 1901 y 1940»,⁴¹ reguladora del recurso de HC, «una reproducción exacta del *Habeas corpus* del Estado de Nueva York».⁴²

Especial atención merece la referencia constitucional de la Ley fundamental de 1940 en lo referente a la institución del HC, pues, expresamente, la regulaba en su Artículo 29, con similar tratamiento ulterior en la Ley fundamental de 1959, inspirada en aquella Constitución, que, previamente, había sido derogada por Batista y que vio su ocaso. En la Constitución siguiente (la de 1976), y las diferentes reformas posteriores, estuvo ausente la garantía de referencia, lo que constituyó una regresión en materia de derechos y garantías y, prácticamente, una excepción en el constitucionalismo latinoamericano de su tiempo.

Al respecto, varios estudiosos cubanos se dieron a la tarea de encontrar, no tanto dentro de la doctrina jurídica, como desde la política misma, argumentos en pos de justificar la inexistencia del HC en aquella Constitución, sobreponiendo a ello ciertas cualidades del socialismo, como garantía omnímoda *per se*, lo que, muy respetuosamente y sin demeritar lo positivo de nuestra ideología, los autores consideran que, en aquel entonces, respondía a una pasión desmedida, por no decir a ultranza.⁴³

Sin embargo, no son pocos los constitucionalistas cubanos que sostienen un criterio contrario; entre otros, Ángel Mariño Castellanos, Danelia Cutié Mustelier y Josefina Méndez López, quienes consideran que «dada la finalidad de este procedimiento, que, sin duda, es ser guardián de la

³⁹ Aunque varias de las constituciones coloniales que estuvieron vigentes en Cuba, antes de esta fecha, hacían alusión al derecho a la libertad personal y a la excepcionalidad de su limitación.

⁴⁰ Vid. «El hábeas corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas».

⁴¹ Carballosa Batista y Ochoa del Río: «Las garantías legales en Cuba. Bases para su perfeccionamiento».

⁴² Tejera: *Habeas corpus*, p. 26.

⁴³ Tal es el caso de Jorge Bodes Torres, *apud* Borges Frías y Cutié Mustelier: «En la actualidad, cuando se han eliminado completamente por la Revolución los desmanes típicos de la sociedad burguesa que antes vivimos, cuando no existen detenciones arbitrarias, ni desapariciones de ciudadanos y se cumplen conscientemente todas las formalidades para la detención de una persona, esta institución no tiene utilización práctica, carece de razón de ser, pero no obstante sobrevive como una garantía más de los derechos que proclama nuestra Constitución, su existencia e inactividad es un monumento silencioso a la justicia en el socialismo». Vid. «Peculiaridades del habeas corpus en Cuba».

libertad personal, debía de haberse recogido de modo expreso en el texto constitucional, como aparece regulado en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos». ⁴⁴

No obstante, no todo el ordenamiento jurídico patrio vigente ha desconocido al HC, pues se encuentra regulado en los artículos 467-478 de la actual LPP, como garantía jurisdiccional del derecho a la libertad personal, consagrado en el Artículo 58 constitucional de 1976, reduciéndolo el HC, en ese momento, a un circuito técnico-procesal o a un simple formalismo, ⁴⁵ en lugar de concebirlo como una real garantía al referido derecho, con toda la intensidad de salvaguarda y protección que supone la acogida constitucional; esto sin contar que, en la práctica, el desuso de esta figura en nuestra realidad judicial, su deficiente debate en los escenarios académicos y su desconocimiento generalizado en el seno de la sociedad han permitido la formulación de criterios como «el procedimiento de habeas corpus de nuestra ley procesal penal pudiera considerarse una institución anacrónica y extemporánea, rezago olvidado de legislaciones anteriores, en las que significaba un medio de lucha contra las habituales detenciones ilegales y las desapariciones de los luchadores revolucionarios de nuestra patria». ⁴⁶

Afortunadamente, la actual Constitución, aprobada el 24 de febrero de 2019, viene un poco a salvar la situación antes descrita, al menos en parte, ya que contempla la garantía del HC en el Artículo 96, ⁴⁷ aunque lo limita a los supuestos en que las detenciones o privaciones de libertad se lleven a cabo de manera ilegal, no contemplando —aparentemente— los casos de arbitrariedades o ilegitimidad, en lo que se puede generar alguna contradicción a nivel doctrinal, ya que algunos autores plantean que no necesariamente lo ilegal es arbitrario o ilegítimo ⁴⁸ y viceversa; mientras que otros consideran que la ilegalidad incluye la arbitrariedad o ilegitimidad, en la medida en que, en un Estado de Derecho, uno de los principios de actua-

⁴⁴ Mariño Castellanos, Cutié Mustelir y Méndez López: «Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento», en Pérez Hernández y Prieto Valdés (compils.), *Temas de Derecho constitucional cubano*, 2.ª reimp., p. 329.

⁴⁵ Borges Frías y Cutié Mustelir: *Op. cit.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Quien estuviese privado de libertad ilegalmente tiene derecho, por sí o a través de terceros, a establecer, ante tribunal competente, procedimiento de HC, conforme a las exigencias establecidas en la ley.

⁴⁸ Así lo sostiene, por ejemplo, Falcone Salas: «[...] es arbitraria aquella detención que, no obstante ser legal, padece de un defecto de juridicidad que permite calificarla como tal». *Vid.* «Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no. 38, p. 459.

Este mismo criterio lo ha expuesto, en varias ocasiones, en sus fallos, la Corte interamericana de derechos humanos; por ejemplo, en la sentencia del caso Gangaram Panday vs. Surinam (1994, p. 12): «[...] se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad».

ción de los poderes públicos es, precisamente, el actuar con sujeción a la racionalidad del poder y el deber de motivación, lo que concuerda con el pensamiento de autores cubanos, como Marcheco Acuña, cuando dice que «[...] sólo fundándose en la razón, es que podrá legitimarse el ejercicio de los poderes que compete a la administración y cualquier poder, en general, sea de la naturaleza que fuere».⁴⁹

La actual Constitución, en su Artículo 95 a), establece ciertos límites al derecho de libertad física individual, al contemplar que la detención y el procesamiento proceden siempre que se dispongan por autoridad competente y por el tiempo legalmente establecido, a lo que los autores consideran que debería adicionarse de *lege ferenda*, en la ley de desarrollo, un límite que, si bien fue concebido en los primeros momentos de la reforma constitucional (Artículo 48 b), fue suprimido del texto finalmente aprobado: que la causa de la detención sea justa, pues es aquí donde tendría virtualidad el criterio de Marcheco Acuña.

El derecho a la libertad física personal, relacionado con la garantía del HC, se encuentra reconocido en el Artículo 46 de la Constitución, y su contenido esencial, o sea, su alcance, en el 52, que contempla el derecho de transitar nacional e internacionalmente y cambiar de domicilio o residencia sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

El procedimiento especial de HC en la LPP «[...] presenta una realidad compleja, el mismo exhibe peculiaridades exclusivas, que lo hacen atípico si lo comparamos con otras legislaciones».⁵⁰ La primera de esas características propias, a criterio de los autores, no solo se aparta de los presupuestos generalmente adoptados en la regulación de esta garantía jurisdiccional en las diferentes legislaciones, sino, además, de la esencia misma del HC, como garantía del derecho a la libertad personal. El primer artículo que la trata, el 467,⁵¹ estipula su improcedencia en los casos en que la privación de la libertad provenga de auto de prisión provisional, y si bien «en la doctrina no se concibe una petición de habeas corpus resultante de un acto judicial»,⁵² cabe resaltar que, en nuestro escenario legal, es el fiscal quien la dispone (también en lo que, a propósito, somos atípicos), autoridad que, por su función y naturaleza, no integra el sistema jurisdiccional del país.

⁴⁹ *Fundamentos de la justicia administrativa*, p. 230.

⁵⁰ Borges Frías y Cutié Mustelie: *Op. cit.*

⁵¹ Toda persona que se encuentre privada de libertad fuera de los casos o sin las formalidades y garantías que prevén la Constitución y las leyes debe ser puesta en libertad, a petición suya o de cualquier otra persona, mediante un sumárisimo proceso, ante los tribunales competentes.
No procede el HC en el caso de que la privación de libertad obedezca a sentencia o a auto de prisión provisional dictado en expediente o causa por delito.

⁵² Borges Frías y Cutié Mustelie: *Op. cit.*

El Artículo 475⁵³ de dicha ley, *prima facie*, podría pensarse que desnaturaliza el contenido esencial del derecho a la libertad que supone la garantía del HC, ya que, por él, el juez está obligado, en primer lugar, a valorar si existen motivos que justifiquen la detención (cuando, en realidad, lo que se impone descartar es si se ha vulnerado, de alguna forma, el derecho de libertad personal) y cabe preguntarse si dichos motivos pueden versar, por ejemplo, sobre la carga de la prueba, de cara a la futura acusación por el delito que contra el solicitante se siga, lo que, sin duda, respondería más a una audiencia de presentación y valoración de pruebas, claramente no existente en nuestro ordenamiento legal; o si se circunscribe única y exclusivamente a los casos, formalidades y garantías que prevén la Constitución y las leyes.

En un ejemplo extremo, lo anterior se traduce en que si, en un caso de asesinato, en el que se detuvo al sospechoso principal, a partir de abundantes elementos de prueba incriminatorios, como declaraciones de testigos presenciales y el reconocimiento de los hechos por parte del propio presunto culpable, ocupación del arma homicida, etc., pero que, a los cinco días de estar a disposición del instructor, no consta que este lo haya puesto en conocimiento del fiscal, con solicitud de medida cautelar de prisión provisional, lo que se logra probar en la audiencia de HC, ¿podría el tribunal mantener la privación de la libertad, amparado en los referidos «motivos que justifiquen la detención», o no? Según los artículos de la LPP enunciados, obviamente, sí podría.

CONCLUSIONES

1. El HC tuvo sus orígenes en el vetusto Derecho romano con el interdicto *Homo libero exhibendo*, evolucionando como institución jurídica en el Derecho anglosajón medieval, del cual irradió a la mayoría de las constituciones del mundo, y perfeccionándose en el escenario del constitucionalismo latinoamericano.
2. Constituye la garantía jurídica por antonomasia del derecho a la libertad personal y, por consiguiente, de la seguridad individual, aunque no la única. Su contenido esencial (el del derecho a la libertad personal, que es al que responde el HC, como garantía) está determinado por las facultades que supone su efectivo ejercicio, lo que incluye la posibilidad de libre circulación, de fijar residencia, etc., que hace que se trate de ese derecho a la libertad personal entendida en una dimensión física, o sea, asociada a la locomoción humana, y no de otro derecho.
3. Es posible limitar excepcionalmente el referido derecho a la libertad personal, cuando razones de orden público, interés general y seguridad ciudadana así lo ameriten, lo mismo en situaciones de normalidad institucional

⁵³ Si el tribunal estima que existen motivos para mantener la prisión del detenido, declarará *sin lugar* la solicitud. En otro caso, dispondrá su libertad inmediata.

y excepcionales, lo que debe estar precedido de una seria ponderación de bienes jurídicos y derechos fundamentales en cuestión.

4. El HC tiene la dualidad de garantía institucional en la medida en que su mera contemplación constitucional, en los casos que así sea, implica un presupuesto indispensable para garantizar las condiciones materiales, más allá de lo formal, que requiere la existencia de cualquier derecho humano o fundamental; pero también es una garantía jurisdiccional en su proyección en leyes o normas adjetivas como acción, procedimiento o proceso, mediante el cual el juez puede restablecer el derecho a la libertad perturbado ilegalmente.
5. Como proceso, procedimiento o acción, y en consecuencia con su papel garante de un derecho humano fundamental, se caracteriza por la sumariidad, tramitación preferente, ausencia de formalismos, gratuidad, etc.
6. En Cuba, el HC recientemente cuenta con amparo constitucional, y su procedimiento se encuentra regulado en una norma de menor jerarquía: la LPP, con características muy particulares que lo hacen jurídicamente endémico, a lo que se suma su prácticamente inaplicabilidad por parte de la ciudadanía, motivado, entre otras causas, por su poco conocimiento y difusión, todo lo cual, en su conjunto, debe ser revertido a propósito del actual amparo constitucional y, también, de cara a los compromisos que, en el orden internacional, el Estado cubano ha asumido, al ser signatario de normas de Derecho internacional público que prevén la figura en cuestión. Una mirada adecuada, desde el plano del Derecho comparado en la región, podría ser saludable en el perfeccionamiento de nuestro HC.

BIBLIOGRAFÍA

- Barba Martínez, G.: «Curso de derechos fundamentales (teoría general)», en *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1999.
- Belda Pérez-Pedrero, E.: «El derecho a la libertad y a la seguridad personal. Parlamento y Constitución», en *Anuario*, no. 3, 1999, pp. 223-260.
- Borges Frías, J. y D. Cutié Mustelier: «Peculiaridades del habeas corpus en Cuba», en <https://earchivo.uc3m.es/bitstream/-handle/10016/11233/FCL-2003-1-borges-cutie.pdf>.
- Cabeza de Vaca Hernández, D.: «¿Los derechos humanos tienen límites?», en *El Universal*, México, D. F., 2015, en <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/daniel-cabeza-de-vaca-hernandez/nacion/2015/09/23/los-derechos-humanos>.
- Carballosa Batista, D. y J. Ochoa del Río: «Las garantías legales en Cuba. Bases para su perfeccionamiento», en *Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales*, en <http://www.eumed.net/libros->

- <gratis/2010a/633/garantias%20constitucionales%20en%20la%20historia%20constitucional%20cubana.htm>.
- Castañeda Otsu, S.: «Actualización de una garantía histórica de la libertad. El hábeas corpus: su regulación jurídica España y Perú» (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- Castillo Córdova, L: *Comentarios al Código procesal constitucional*, t. 2, 2.ª ed., Palestra Editores, Lima, 2006.
- _____: «El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales», en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13783/14407>.
- Cordero Heredia, D. y N. Yépez Pulles: *Manual (crítico) de garantías jurisdiccionales constitucionales*, Comunicaciones INREDH, Quito, 2015.
- Durán Ribera, W.: «Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, en <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuarioderechoconstitucional/article/viewFile/3589/3350>.
- Falcone Salas, D.: «Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no. 38, 2012.
- Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1997.
- Fontanillo, S. E., N. Urruti y M. Gianinetto: «Hábeas corpus, "una garantía constitucional» (ponencia, Seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes), Universidad Nacional de La Pampa, 2008.
- Galindo Sandoval, C.: «Consideraciones sobre el hábeas corpus», en *Docentia et Investigatio*, vol. 16, no. 1, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2014.
- García Belaunde, D.: «El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes», en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15448/15900>.
- García Morelos, G.: «El proceso de hábeas corpus en el Derecho comparado», en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, en <https://archivos.juridicasunam.mx/www/bjv/libros/7/3065/20.pdf>.
- Jaramillo Fernández, M.: «Compendio de la garantía institucional de la autonomía local: desde Carl Schmitt hasta la reforma del Art. 135 de la Constitución Española», en *CEMCI*, no. 29, 2016.
- Marcheco Acuña, B.: *Fundamentos de la justicia administrativa*, Editorial Unijuris, La Habana, 2017.
- Mariño Castellanos, A., D. Cutié Mustelier y J. Méndez López: «Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba.

- Propuesta para su perfeccionamiento», en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (compils.), *Temas de Derecho constitucional cubano*, 2.^a reimp., La Habana, Editorial Félix Varela, 2004.
- Medellín Urquiaga, X.: *Principio pro persona*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México D. F., 2013.
- Nogueira Alcalá, H.: «Las limitaciones legítimas a los derechos humanos», UNAM, 2003, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1094/15.pdf>.
- Pezo Roncal, C.: *Hábeas corpus instructivo: Tratamiento célere contra la desaparición forzada de personas*, Tribunal Constitucional, Lima, 2014.
- Rosales Jiménez, D.: «El hábeas corpus como garantía individual en la Constitución de 1983, perspectivas de desarrollo desde los Acuerdos de Paz, período 1992-1994» (tesis por el título de licenciado en Ciencias Jurídicas), San Salvador, octubre de 1994.
- Sánchez Viamonte, C.: *El hábeas corpus: garantía de la libertad*, 2.^a ed., Editorial Perto, Buenos Aires, 1956.
- Soriano, R.: *El Derecho de hábeas corpus*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.
- Tejera, D.: *Habeas corpus*, 2.^a ed., Editorial Reus, Madrid, 1927.
- Vidal Prado, C.: «Algunos límites del derecho a la libertad personal. Controles de alcoholemia: legislación y jurisprudencia», en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5617411.pdf>.

Legislación y jurisprudencia

- Constitución de la República de Cuba, de 1901.
- Constitución de la República de Cuba, de 1940.
- Constitución de la República de Cuba, de 1976.
- Constitución de la República de Cuba, de 2019.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Constitución Política de la República del Ecuador.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Provisional de Santiago de Cuba, de 1898.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica.
- Convención interamericana para prevenir la violencia contra la mujer.
- Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, Bogotá, 1948.
- Declaración universal de los derechos humanos, 10 de diciembre de 1948.
- Ley No. 23.098 de 1984 (Argentina).
- Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de procedimiento penal de 1977 (Cuba).

Ley fundamental de 1959 (Cuba).

Orden Militar No. 427, de 15 de octubre de 1900 (Cuba).

Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 16 de diciembre de 1966.

Proyecto de Constitución de la República de Cuba, 2018.

Sentencia del caso Gangaram Panday vs. Surinam, Corte interamericana de derechos humanos, 1994.

Sentencia 154/1995, de 24 de octubre, jurisprudencia española.

Sentencia 194/1989, de 16 de noviembre, jurisprudencia española.

Sentencia 11/2981, de 8 de abril, jurisprudencia española.

LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE COOPERATIVAS EN CUBA: SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN SEDE JUDICIAL

*Esp. Teresa Andrea Méndez García, jueza profesional,
Sala de lo Económico, TPP de Villa Clara*

Resumen: El movimiento cooperativo contemporáneo se manifiesta de diferentes formas y en todas las esferas de la vida económico-social, Cuba no ha estado ajena a ello, reconociendo a las cooperativas de manera expresa en el Artículo 22 de la recién aprobada Constitución de la República (CR) y en el Código civil (CC) como personas jurídicas, con una concepción genuinamente socialista. Si los socios fundadores, al momento de iniciar su proyecto, no establecen un plazo para su duración, a lo largo de su existencia pueden surgir situaciones que justifiquen la culminación de la cooperativa, motivado ello por una decisión interna o por impedimentos legales. La extinción de estas, a partir de la diferenciación de las fases de disolución y liquidación que la conforman, en específico cuando se disponen judicialmente, constituye el propósito de este estudio, profundizando en aristas tales como su regulación jurídica, causas de disolución y modo en que operan, competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de estos conflictos, así como el insuficiente tratamiento doctrinal y legislativo existente al respecto.

Abstract: The contemporary cooperative movement manifests itself in different ways and in all spheres of social-economic life, Cuba has not been oblivious to it, recognizing cooperatives expressly in Article 22 of the recently approved Constitution of the Republic and in the Civil Code, as legal persons, with a genuinely socialist conception. If the founding partners, at the time of initiating their project, do not establish a term for its duration, throughout its existence situations that justify the culmination of the cooperative may arise, motivated by an internal decision or legal impediments. The extinction of these, from the differentiation of the phases of dissolution and liquidation that conform it, specifically when they are judicially established, constitutes the purpose of this study, deepening edges such as its legal regulation, causes of dissolution and how they operate, jurisdiction of the jurisdictional bodies to hear about these conflicts, as well as the insufficient doctrinal and legislative treatment existing in this regard.

Palabras clave: cooperativas, disolución y liquidación judicial.

Keywords: Cooperatives, dissolution and judicial liquidation.

Sumario: Naturaleza jurídica de las cooperativas. ¿Asociación o sociedad? La regulación jurídica de las cooperativas en Cuba. Extinción: límites al alcance del principio de la autonomía de la voluntad. Modo en que opera la disolución. Solución judicial: Disolución y liquidación. Conclusiones. Bibliografía.

EN CONSONANCIA CON la definición ofrecida por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI),¹ las cooperativas constituyen asociaciones autónomas de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada.

Esta definición lleva implícita una serie de valores y principios² que caracterizan y distinguen a las cooperativas de los demás tipos de asociaciones que existen, y que la convierten en «uno de los medios más eficaces para el desarrollo económico, social, cultural, y democrático de los habitantes de un país».

A inicios de la década del 60, en 1976 y 1993, en Cuba surgen las cooperativas de créditos y servicios (CCS), las de producción agropecuaria (CPA) y las unidades básicas de producción cooperativa (UBPC), respectivamente, todas ellas constituidas de manera exclusiva en el sector agrario, hasta su posterior extensión a otros sectores, en diciembre de 2012, en un escenario de importantes cambios acontecidos en el modelo socioeconómico cubano, denominadas cooperativas no agropecuarias (CNA).

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COOPERATIVAS

Las cooperativas presentan características que hacen difícil su delimitación en cuanto a la naturaleza jurídica que presentan. Se discute doctrinalmente si se trata de asociaciones, sociedades, o si son consideradas instituciones del Derecho civil o del Derecho mercantil, según las formas, origen y fines que se les asignen. Hay quienes consideran que son una típica asociación (persona jurídica sin fines de lucro), otros las consideran como sociedad (persona jurídica con y sin fines de lucro).

Las cooperativas, considera la autora, son un tipo de empresa en la que se conjugan personas, ideas e intereses; estos últimos, muchas ve-

¹ La ACI, fundada en 1895, en Londres, es la mayor organización no gubernamental con voz, pero sin voto, en el seno de las Naciones Unidas. Posee dos objetivos fundamentales: vincular los distintos movimientos cooperativos de los países, con el fin de crear una red económica internacional; y fomentar la creación de un entorno internacional favorecedor de la cooperación que evite las disputas y los enfrentamientos económicos.

² Los principios internacionales definidos por la ACI son: membresía abierta y voluntaria, control democrático de los miembros, participación económica de estos, autonomía e independencia, educación, entrenamiento e información, cooperación entre cooperativas, e interés por la comunidad.

ces, se contraponen, lo que hace difícil unificarlas como un solo tipo de entidad, ya que representan pluralidad de intenciones y de resultados.

En principio se precisa definir los términos que generalmente son utilizados cuando se habla de cooperativas: sociedad y asociación.

La sociedad es una unión voluntaria de personas que tiene su origen en un contrato, en el que se hacen contraprestaciones recíprocas y cualitativamente distintas, pero económicamente equivalentes, ya que las prestaciones de los socios, aunque presenten un valor económico distinto, cualitativamente son iguales, pero no puede decirse que la sociedad es solo un contrato, sino, también, una institución de Derecho. El contrato es el origen de esta, pero, una vez constituida, es un ente jurídico nuevo, distinto de los socios que la integran. También se exige para el nacimiento de la sociedad la escritura e inscripción en el registro correspondiente.

Una sociedad mercantil es una asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan. Es una asociación de personas porque se trata de una unión voluntaria, duradera y organizada de estas, que colaboran para la obtención de un bien común; además, descansa sobre una pluralidad de miembros, habida cuenta de que no puede constituirse una sociedad con un solo socio.

Las asociaciones, en el sentido gramatical, son reuniones de personas con un fin determinado, teniendo en el jurídico dos acepciones: agrupación de personas con cierta organización que tiende a preocuparse por un objetivo común, concepto este que prevalece en la legislación y que, en la actualidad, conserva muchos vestigios, el cual abarca toda institución derivada de la sociabilidad con los caracteres esenciales de lazo social, o sea, un compromiso recíproco contraído con interés común y con un objeto más o menos determinado, organización y permanencia; y otra que excluye toda sociedad regulada por el Derecho civil y mercantil, concretándose en las asociaciones científicas, culturales y artísticas, deportivas, de amistad y solidaridad, y otras ajenas a toda idea de lucro que, conforme a la Constitución y a la ley, se propongan fines de interés social.

¿ASOCIACIÓN O SOCIEDAD?

El CC cubano reconoce el contrato de sociedad y las asociaciones, pero las sociedades mercantiles van a estar regidas por el Código de comercio.

Se reconoce a la cooperativa como un ente especial para el Derecho, teniendo en cuenta que presenta características de asociación, pues no tiene fines lucrativos y es una sociedad de personas y no de capitales, pero, sin duda alguna, aunque sus fines no son lucrativos, sí lo son económicos, diferenciándose los términos empleados, ya que *lucro* es un vocablo restringido porque comprende el rendimiento conseguido con el

dinero, los intereses o los créditos. La cooperativa es la antítesis de lo anteriormente mencionado, ya que la distribución de riquezas cooperativas es proporcional a la utilización de los servicios y al trabajo aportado. También presenta características de la sociedad en cuanto a los fines económicos, aunque en la sociedad también son lucrativos.

Por tanto, la cooperativa toma aspectos de ambas (sociedad y asociación), aunque es una persona jurídica distinta. Es admitido que se le califique como asociación de personas o como sociedad, pero diferenciándola siempre de ambas.

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS COOPERATIVAS EN CUBA

Existen varias disposiciones, de diverso rango, emanadas de diferentes órganos u organismos estatales, destinadas a reglamentar a las cooperativas en sus múltiples formas, fraccionándose la legislación cooperativa cubana y, por ende, las cooperativas, en «agropecuarias» y «no agropecuarias», lo que resulta exclusivo de nuestro país.

Esta disparidad no es óbice para que se realice su análisis, así como de las instituciones que las caracterizan, de manera general, pues, aunque supone el examen de las normas jurídicas vigentes para un tipo u otro de cooperativas, no debe enfocarse a uno especial de estas, máxime cuando, en el caso de estas últimas, poseen un carácter provisional, cuya regulación estará en la futura Ley general cooperativa.³

En cada supuesto, se establece que tienen personalidad jurídica propia, la que se adquiere a partir de la inscripción en el registro correspondiente. En los casos de las CCS y las CPA, la Oficina Nacional de Estadística; en las UBPC, el Registro estadístico de unidades cooperativas; y, en las CNA, el Registro mercantil. Igualmente, para su constitución, se precisa la solicitud de creación a la administración pública competente, en función del objeto social al que se quiere dedicar la cooperativa.

EXTINCIÓN: LÍMITES AL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Las cooperativas, como toda obra humana, tienen una existencia que se extiende a lo largo de un lapso temporal que, si indeterminado *ad initio*, no por ello deja de tener un principio y un fin, que con frecuencia ha tentado en el ámbito del derecho societario la comparación con el nacimiento y la muerte de los seres animados.⁴

³ Se pretende que esta ley regule, de forma integral y unitaria, el actuar de las cooperativas, sin importar el objeto social que desarrolle.

⁴ Althaus: *Tratado de Derecho cooperativo*, p. 67.

Por consiguiente, la frase que antecede justifica, indistintamente, la regulación del proceso de extinción de estas cooperativas en el ordenamiento cubano, cada uno con sus peculiaridades, de lo cual, coincidiendo con el criterio de Rodríguez Musa y Hernández Aguilar,⁵ se concluye que estos procesos administrativos de aprobación y disolución de las cooperativas cubanas resultan estrictos y engorrosos.

Tal es así, que la ley vigente, para su conclusión en las agropecuarias, requiere de la emisión de la resolución autorizante del Ministerio de la Agricultura, en cuya obtención la voluntad de los cooperativistas es preterida o subyugada con respecto a otras más cercanas a la autoridad decisora, mientras para las no agropecuarias se dispone que no podrán extinguirse sin la previa aprobación del órgano, organismo o entidad nacional que autorizó su constitución, la que también puede revocar esta autorización ante el incumplimiento de los fines y principios que la motivaron.

La anterior intromisión y posterior decisión de los órganos estatales en este aspecto constituyen límites al alcance de la autonomía de la voluntad que debe regir en las cooperativas, llegando incluso a decidir en qué sectores se conforman,⁶ objeto social, quiénes las integran, así como a disponer, en múltiples casos, sobre los locales inactivos a contratar.⁷

A este proceso, que tiene lugar en las cooperativas, nos acercamos y, en tal sentido, se precisa definir inicialmente qué se entiende por extinción de este tipo de empresa —por llamarla de esta manera—, teniendo en cuenta las posturas contrarias relacionadas con su naturaleza jurídica.

Fases del proceso de extinción

La doctrina extranjera⁸ es coincidente al concretar que constituye un proceso que consta de dos etapas: la disolución y la liquidación, las que se presentan unidas por una relación de causa-efecto, cuyo resultado comprende el fin de la personalidad jurídica, por lo que la cooperativa nace mediante su inscripción en los registros correspondientes antes indicados y muere mediante la disolución y liquidación.

⁵ Vid. «Las limitaciones jurídicas de la cooperativa en el socialismo. Perspectivas para el perfeccionamiento de su regulación en Cuba», pp. 99-124.

⁶ Las CNA son inducidas y creadas en sectores en los que el Estado no ha logrado una gestión eficiente y en los que, a su vez, necesita mantener ubicados laboralmente al mayor número de trabajadores.

⁷ Este último aspecto tiene lugar en el caso de las CNA y se realiza a través de un proceso de convocatoria pública.

⁸ García Muller: *Derecho cooperativo mutuo y de la economía social y solidaria*, p. 186; Botana: *La disolución. Tratado de Derecho de cooperativas*, t. 2; Bataller Grau: *La disolución de las cooperativas. Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*; Vargas: «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad», en *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, no. 20, p. 97.

Sin embargo, con referencia en lo precedente, se hace necesario distinguir en tres los conceptos o momentos de la extinción: la disolución, la liquidación y la extinción propiamente dicha, siendo interés de este trabajo las dos primeras, dispuestas judicialmente, situación fáctica que solo se suscita en el presente en las CNA, dada la falta de competencia de los órganos judiciales para conocer de estos procesos en el sector agrario.

En tal sentido, también resultan sincrónicos Althaus⁹ y Uría¹⁰ al afirmar que la disolución es el acto que —previa verificación de alguna de las causales previstas en la ley o el estatuto— abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de la empresa como contrato y como persona jurídica; es un hecho jurídico que abre el proceso de liquidación, como consecuencia de la realización de los presupuestos previstos en la ley y en el estatuto como causas disolutorias.

En tanto, Cuesta¹¹ defiende que la disolución generalmente concluirá con la extinción, agotada la liquidación. Generalmente, puesto que disuelta la entidad por la ocurrencia de alguna de las causales previstas en la ley, la disolución puede quedar sin efecto, mientras no se haya efectuado la liquidación. Pero, además, porque puede dar lugar a la fusión o a la escisión, posiciones todas a las que se afilia la autora, de manera acentuada a esta última, por no resultar tan absoluta.

Por consiguiente, la disolución es un régimen de excepción que supone una situación jurídica limitativa de la actividad propia de la entidad, que no puede perpetuarse; no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo, si tomamos en cuenta que se ubica como la línea divisoria y el punto de partida entre la actividad habitual y los actos liquidatorios que ponen fin a la existencia del ente.¹²

Con la disolución se abre en la vida de la cooperativa un nuevo período (el de liquidación), en el que la anterior actividad social se transforma en una mera actividad liquidatoria dirigida al cobro de créditos, pago de deudas, la fijación del haber social remanente y la división de este, en su caso, entre los socios.

La liquidación ha de entenderse como el conjunto de actos u operaciones conducentes a determinar y percibir los créditos, satisfacer a los acreedores y fijar la formación de la masa repartible entre los miembros.¹³

Lo peculiar de este proceso es el destino que ha de darse a las diferentes partidas del balance final, en el que solo una parte es reintegrable a los socios, para lo cual se requiere haber satisfecho a los acreedores.

⁹ Vid. *Op. cit.*, p. 549.

¹⁰ Vid. *Derecho mercantil*, 24.ª ed., p. 205.

¹¹ Vid. *Manual de Derecho cooperativo*, 2.ª ed., p. 527.

¹² Uría: *Op. cit.*, p. 202.

¹³ Broseta Pont: *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., p. 613.

Continúa señalando Uría¹⁴ que «[...] la liquidación viene como consecuencia inmediata de la disolución y tiene como efecto inmediato el cese de la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones». Sin embargo, la sociedad cooperativa disuelta conserva su personalidad jurídica mientras se realiza su liquidación, requiriendo para su formalización la inscripción en el registro correspondiente, debiendo añadir a la denominación social la expresión en liquidación, cuestiones todas que son observadas por las legislaciones foráneas estudiadas, no así por la nuestra, que resulta totalmente omisa en cuanto a ello, hasta ahora.

Finalmente, la extinción supone la conclusión de la entidad como contrato y la disgregación del vínculo que liga o une a sus integrantes. En conclusión, la disolución tiende hacia la liquidación y esta a la extinción.

MODO EN QUE OPERA LA DISOLUCIÓN

Expuesto el significado de ambas fases integrantes de este proceso, se precisa señalar que, según García Muller,¹⁵ la disolución puede proceder de pleno derecho, por causas legítimas, por decisión judicial, o ser voluntaria.

De pleno derecho. Se produce al vencerse el término de duración predeterminedada de la empresa, por lo que no procede, si su duración es indefinida o si, antes del vencimiento del plazo pactado en sus estatutos, se prorroga su existencia.

Por causa legítima o causas justas. Se aprecia cuando se produce cualquiera de las demás causales de disolución, surgiendo, por ende, para los administradores, la obligación de convocar a la asamblea para que acuerde la disolución, ante la presencia de esta causal, o para que adopte otras medidas tendentes a eliminar su presencia.

Disolución judicial. Se considera como una forma subsidiaria que representa la garantía última del cumplimiento de un proceso disolutorio, que requiere imperiosamente del incumplimiento por los administradores de su obligación de convocar a la asamblea, o cuando esta no tome decisión o no apruebe los acuerdos necesarios, pudiendo ejercerla cualquier interesado que pruebe un interés legítimo.¹⁶

Lo precedente permite concluir que la disolución judicial requiere como presupuesto la constatación del incumplimiento por estos administradores de su obligación de convocar a la asamblea o por la ausencia de una ma-

¹⁴ *Op. cit.*, p. 205.

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 189-192.

¹⁶ En las legislaciones señaladas, la iniciativa procede normalmente de los propios miembros de la empresa. Se discute si se trata de un derecho individual de cada uno de ellos o si se está en presencia de un derecho de ejercicio colectivo, en cuyo caso se requiere de un determinado porcentaje de miembros de la asamblea para promoverla. En cuanto a los terceros, debe demostrarse que tengan legitimación como partes del proceso.

nifestación de voluntad, todo lo cual se circunscribe a la no adopción del acuerdo de disolución por la asamblea.

Disolución voluntaria. Se manifiesta cuando los miembros deciden no continuar con la empresa, refrendando dicha voluntad por medio de un acuerdo de la asamblea, aprobado por mayoría calificada, el que tiene carácter constitutivo de la disolución, conviniendo en este sentido lo señalado por Vargas.¹⁷

Si bien, en las legislaciones estudiadas,¹⁸ la autonomía de las organizaciones cooperativas les permite iniciar un proceso de disolución por libre acuerdo de la Asamblea general, sin restricciones, a condición de preservar los intereses de terceros, cumpliendo solo con los requerimientos exigidos en la ley cubana, como se apuntaba al inicio, la solicitud de la disolución de una cooperativa requiere la previa aprobación de la autoridad facultada.

Causas de disolución

Con la disolución, sus causales se clasifican en legales y estatutarias. Las primeras se establecen taxativamente en el Código de comercio (artículos 221, 222 y 224), mientras que las segundas habrán de acordarse en los estatutos o en posterior modificación de estos, gozando los socios de amplia libertad para determinarlas.

El ordenamiento cubano comparte, expresamente, algunas causas de disolución con las cooperativas españolas, en concreto las que determinen estatutariamente la imposibilidad de cumplir con su actividad u objeto social y por cualquier otra causa legalmente establecida que produzca estos efectos.

A las mencionadas, añade la normativa vigente, en el sector agropecuario, «el interés del Estado» y la «utilidad pública o el interés social». De estas últimas, no se define el contenido en las normas reglamentarias, tornándose ambiguas e imprecisas, por lo que debería —al menos— preverse en la ley la posibilidad de recurrir judicialmente la resolución administrativa que dé lugar a la disolución.

De igual manera, se incorporan como causas de disolución, en las creadas en el sector no agropecuario, el vencimiento del plazo del usufructo o arrendamiento, en virtud del cual disponían de bienes o establecimientos públicos; la revocación de la autorización que las autoridades públicas otorgaron en su día para la constitución de la cooperativa; y el mandato judicial.

En concordancia con lo expresado por Marín,¹⁹ entre las causas legales que pueden dar lugar a la disolución de este tipo de cooperativas, se estipula

¹⁷ *Vid. Op. cit.*, p. 99.

¹⁸ Se estudiaron las normas cooperativas de Venezuela, México, Argentina, Perú, Ley marco para las cooperativas de América Latina/ Alianza cooperativa internacional para las Américas, Ecuador, Brasil, entre otras.

¹⁹ *Vid. «Las cooperativas no agropecuarias en Cuba»*, pp.155-156.

el «mandato judicial», sin establecer la normativa en qué supuestos procederá ni las personas legitimadas para el ejercicio de esta acción, desconociéndose si se trata de una confusión entre las causas y los medios de disolución definidos por la doctrina precedentemente, o que se concede el máximo grado de autonomía judicial para decidir sobre la disolución de las cooperativas.

SOLUCIÓN JUDICIAL: DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

En la actualidad, son competentes las salas de lo Económico de los tribunales populares para conocer de los conflictos que se promuevan con motivo de la disolución y liquidación de las cooperativas, lo que no se encuentra establecido, de manera expresa, en el Decreto Ley No. 241 de 2006, que introduce el procedimiento económico en la otrora Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral; no obstante, su Artículo 746²⁰ otorga competencia a estas salas para conocer de los conflictos que se promuevan con motivo de la disolución y la liquidación de las sociedades mercantiles cubanas, comprendidas las de capital mixto.

Si bien, de la simple lectura del artículo referenciado, pudiera inferirse que resulta de aplicación exclusiva para este tipo de sujeto, lo cierto es que, en la inmensa mayoría de los casos, las legislaciones sobre economía solidaria estudiadas no regulan, detalladamente, el proceso de la disolución y la liquidación, sino que generalmente remiten a la normativa genérica o de derecho común, por lo que se aplica en forma análoga la legislación de las sociedades mercantiles; tal es así que, en materia cooperativa, el sistema de normas que lo regulan se inspira en las que se establecen para las sociedades anónimas, obviándose con ello que este fenómeno asociativo, como sujeto diferente, requiere de un análisis y una regulación particularizados.

Es, precisamente, este el proceder seguido por nuestros órganos jurisdiccionales, ante la solicitud de tutela judicial, observando en su tramitación lo regulado para este tipo de proceso en el Código de comercio español (vigente desde 1886), cuyos preceptos, en ocasiones, se tornan insuficientes, con independencia de las pautas de avance advertidas con la promulgación de la Ley No. 118, «De la inversión extranjera», que establece el acuerdo entre los socios para disolver y terminar o liquidar el negocio.

En caso contrario, este proceso, no regulado estatutariamente por los socios, o motivado por la existencia de desacuerdos entre estos, puede tornarse inviable y engorroso, ante la imposibilidad de aplicar supletoriamente las normas invocadas y la carencia de regulación actual en sede judicial con respecto a este, máxime en los casos en que corresponde al tribunal disponer la

²⁰ Las salas de lo Económico de los tribunales provinciales populares son competentes para conocer de: c) los conflictos que se promuevan por los socios de las sociedades mercantiles cubanas, comprendidas las de capital mixto, constituidas conforme a la ley nacional, con motivo de la inactividad de sus órganos de gobierno o de su disolución y liquidación.

apertura de la fase de liquidación y, por ende, correr con el nombramiento de los liquidadores, como consecuencia natural y jurídicamente lógica, sin que exista norma legal que implemente su actuación ni los términos concedidos a estos para el desempeño de tales funciones.

CONCLUSIONES

El insuficiente tratamiento doctrinal y legislativo de los procesos de disolución y liquidación judicial de las cooperativas en Cuba, las ambigüedades existentes en su regulación jurídica, así como la imposibilidad de aplicar como norma supletoria, en algunos supuestos, el procedimiento de liquidación establecido para las sociedades mercantiles, determinan la necesidad de un estudio al respecto, para establecer, de manera expresa, sobre la base de los principios que tutelan las cooperativas, su regulación *sui generis* en Cuba y su funcionamiento práctico; el ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales para su intervención en estos procesos,²¹ así como los presupuestos exigibles en cada caso.

Igualmente, ante las prerrogativas concedidas a los órganos estatales, para decidir sobre su disolución, la implicación de otras entidades estatales durante el desarrollo de la actividad a realizar por las cooperativas, deben estipularse las personas legitimadas para el ejercicio de esta acción, así como el alcance y contenido del pronunciamiento judicial, y regularse por los tribunales este proceso de liquidación; en cuanto no se encuentre reglamentado estatutariamente por los socios o motivado por la existencia de desacuerdos entre estos, con expresión clara del procedimiento a seguir para el nombramiento de los liquidadores, delimitación de su actuación y funciones atribuidas a ellos, así como los términos concedidos para cada trámite.

BIBLIOGRAFÍA

- Amorin, M. y P. Algorta Morales: *Sociedades cooperativas. Sistema y Derecho cooperativo*, Editorial La Ley, Montevideo, 2010.
- Acosta, J.: «La estructura agraria al triunfo de la Revolución», en *Economía y Desarrollo*, Universidad de La Habana, 1972.
- Albelo, V.: *El modelo cooperativo campesino en Cuba*, Editora Política, La Habana, 2005.
- Althaus, A.: *Tratado de Derecho cooperativo*, Editora Zeus, Rosario, 1977.

²¹ La doctrina y las leyes cooperativas estudiadas, a excepción de las de Brasil, Venezuela y Perú, no establecen en concreto en qué casos se disuelve judicialmente la cooperativa; no obstante, ello se infiere de la posibilidad que se brinda de accionar ante la ocurrencia de una causal de disolución y la inercia de los órganos administrativos. Entre las que sí lo establecen, se encuentran como causales: por resolución ejecutoriada de los órganos judiciales, sentencia firme y quiebra.

- Bataller Grau, J.: *La disolución de las cooperativas. Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Botana, M.: *La disolución. Tratado de Derecho de cooperativas*, t. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Broseta Pont, M.: *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed. corregida y ampliada, Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1990.
- Colectivo de autores: *Temas de Derecho mercantil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Creragh, H.: «Las cooperativas de producción agropecuaria. Empresas de carácter socialista en Cuba», en *Ciencia y técnica en la agricultura. Economía agropecuaria*, Editora CIDA, La Habana, 1986.
- Cruz Reyes, J. y Harnecker Piñeiro: «¿Qué es una cooperativa?», en *Cooperativas y socialismo. Una mirada desde Cuba*, Editorial Caminos, La Habana, 2011.
- Cuesta, E.: *Manual de Derecho cooperativo*, 2.ª ed. actualizada, Ábaco, Buenos Aires, 2006.
- García Muller, A.: *Derecho cooperativo mutuo y de la economía social y solidaria*, CIRIEC, Mérida, 2018.
- García Pérez, M.: *La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público*, Editorial Tecnos, 2003.
- Marín Hita, L.: «Las cooperativas no agropecuarias en Cuba», en *Revesco*, no. 115, 2014 (versión digital).
- Rodríguez Musa, O. y O. Hernández Aguilar: «Las limitaciones jurídicas de la cooperativa en el socialismo. Perspectivas para el perfeccionamiento de su regulación en Cuba», en *Revesco*, no. 117, 2015 (versión digital).
- Uría, R.: *Derecho mercantil*, 24.ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Vargas, C.: «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad», en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, no. 20, CIRIEC, Valencia, 2009.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019.
- Código civil de la República de Cuba (actualizado), Editorial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.
- Código de comercio promulgado en España por la Ley de 22 de agosto de 1885.
- Ley de la inversión extranjera, Ley No. 77, de 5 de septiembre de 1995.
- Ley de la inversión extranjera, Ley No. 118, de 29 de marzo de 2014.
- Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral. Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, edición a cargo del Ministerio de Justicia, 1999.

- «Ley especial de asociaciones cooperativas», en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, no. 37.285, de 18 de septiembre de 2001.
- «Ley No. 27, "De cooperativas", de 16 de julio de 1999», en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/I27-1999.html.
- «Ley No. 54, "Ley de asociaciones", de 27 de diciembre de 1985», en http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=268:ley-no-54-ley-de-asociaciones&catid=46:leyes&Itemid=79.
- «Ley No. 95, "Ley de cooperativas de producción agropecuaria y de créditos y servicios", de 2 de noviembre de 2002», en Colectivo de autores, *Temas de Derecho agrario cubano. Selección legislativa de derecho agrario cubano*, vol. 1, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- «Ley de cooperativas, Ley 438/94. Paraguay», en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley438.pdf.
- «Ley de cooperativas, Ley No. 20.337/75. Argentina», en http://www.google.com.cu/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CC8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.javeriana.edu.co%2Ffier%2F%3Fidcategoria%3D6328%26download%3DY&ei=2GerUqKsCNKskAfj4DgBg&usg=AFQjCNG4wmH_r8DsndjMCQpisbEaz0ANaQ&bvm=bv.57967247,d.cWc.
- «Ley general de sociedades cooperativas de 30 de abril de 2001. México», en *Diario Oficial de la Federación*, 4 de junio de 2001, en www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Ley_GSC.pdf.
- «Ley general de sociedades cooperativas», en *Diario Oficial de la Federación*, de 3 de agosto de 1994, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/143.pdf>.
- «Ley marco para las cooperativas en América Latina», en www.aciamericas.coop/IMG/pdf/LeyMarcoAL.pdf.
- Decreto-Ley No. 142, «Sobre las unidades básicas de producción cooperativa», de 20 de septiembre de 1993.
- Decreto Ley No. 50, «Sobre asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras», de 15 de febrero de 1982.
- Decreto Ley No. 147, «De la reorganización de los organismos de la administración central del Estado», de 21 de abril de 1994.
- «Decreto Ley No. 226, "Del registro mercantil", de 6 de diciembre de 2001», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 17 de diciembre de 2001.
- «Decreto Ley No. 241, "Del procedimiento de lo económico"», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., La Habana, 4 de enero de 2006.
- «Decreto-Ley No. 305, "De las cooperativas no agropecuarias", de 15 de noviembre de 2012», en *Gaceta Oficial 053*, ed. extraord., La Habana, 11 de diciembre de 2012.

«Decreto No. 309, “Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado”, de 28 de noviembre de 2012», en *Gaceta Oficial 053*, ed. extraord., La Habana, 11 de diciembre de 2012.

Reglamento general de las cooperativas de créditos y servicios, de 17 de mayo de 2005.

Reglamento general de las cooperativas de producción agropecuaria, de 17 de mayo de 2005.

Resolución No. 574, de 13 de agosto de 2012, del Ministerio de la Agricultura, «Reglamento general de las unidades básicas de producción cooperativa», Reglamento del registro mercantil.

Resolución No. 27, «Normas relativas a la actividad de supervisión y control de las inversiones extranjeras», del Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, de 20 de mayo de 2003.

