

Estudios sobre derechos y justicia constitucional en Cuba

VLADIMIR PITA SIMON (coord.)

PIREO UNIVERSIDAD



**ESTUDIOS SOBRE
DERECHOS
Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL
EN CUBA**



PIREO EDITORIAL

Primera edición: junio de 2023

Título: Estudios sobre derechos y justicia constitucional en Cuba

Coordinador: Vladimir Pita Simon

Colección: Pireo Universidad

ISBN: 978-84-125489-4-5

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons con las
siguientes características: Reconocimiento · NoComercial
· SinObraDerivada 4.0 Internacional



© Edición: Pireo Editorial (València)
pireoeditorial.com · pireo@pireoeditorial.com

© Diseño de portada: Pireo Editorial
© Fotografía de portada: Ilustración de Víctor Manuel Velázquez
Mirabal (Holguín, Cuba). Cortesía del autor

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CUBA

COORDINADOR

Vladimir Pita Simon

AUTORAS Y AUTORES

Ana Rosa Aguilera Rodríguez · Julio Eduardo
Avila Pérez · Grethel Arias Gayoso · Danelia Cutié
Mustelier · Caridad Rosa Jiménez Morales · Olga
Victoria Madrigal Álvarez · Diana Medina Batista
· Tahimí Beatriz Medina Marcheco · Violeta Rosa
Mejías Rojas · Myrna Beatriz Méndez López · Elaine
Miranda Quintana · Jorge Olver Mondelo Tamayo ·
José Augusto Ochoa del Río · Darina Ortega León ·
Luis Alberto Pérez Llody · Vladimir Pita Simon · Daniel
Reyna Parga · Nilda Haydeé Rizo Pérez · Viviana
Mercedes Trejo Rizo · Carlos Manuel Villabella
Armengol · Victoria Margarita Villarreal Lesmes

Pireo Universidad

Con la colaboración de la
Universitat de València

VI Convocatoria de Proyectos de
Cooperación al Desarrollo

Proyecto de fortalecimiento de los derechos
constitucionales en Cuba, a través de
la Unidad de Estudios sobre la Justicia
Constitucional (Universidad de Holguín)

VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA



UVprojectes

Fortalecimiento de los **derechos constitucionales**
en Cuba a través de la Unidad de Estudios sobre
la Justicia Constitucional (Universidad de Holguín)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
<i>Adoración Guamán Hernández y Rubén Martínez Dalmau</i>	
A MODO DE PRÓLOGO	11
<i>Vladimir Pita Simon</i>	
1.- EL PLEXO AXIOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 2019	14
<i>Carlos Manuel Villabella Armengol</i>	
2.- SISTEMA POLÍTICO Y ESTADO SOCIALISTA DE DERECHO EN CUBA.....	38
<i>Vladimir Pita Simon, Julio Eduardo Avila Pérez y Violeta Rosa Mejías Rojas</i>	
3.- LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CUBA.....	58
<i>Luis Alberto Pérez Llody, Jorge Olver Mondelo Tamayo y Daniel Reyna Parga</i>	
4.- NOTAS SOBRE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: EXPERIENCIAS EN IBEROAMÉRICA. EL CASO CUBANO	79
<i>Jorge Olver Mondelo Tamayo</i>	
5.- EL DEBIDO PROCESO Y EL CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN PENAL. APUNTES DESDE LA REFORMA PROCESAL EN CUBA	96
<i>Diana Medina Batista, Darina Ortega León y Tahimí Beatríz Medina Marcheco</i>	
6.- EL PROCESO DE AMPARO EN CUBA. VUELTA A LOS JUZGADOS	114
<i>José Augusto Ochoa del Río</i>	

7.- EL PROCESO ADMINISTRATIVO, ESLABÓN ESENCIAL PARA LA DINÁMICA DEL ESTADO SOCIALISTA DE DERECHO EN CUBA	125
<i>Grethel Arias Gayoso</i>	
8.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DESDE EL ARTÍCULO 98 DE LA CONSTITUCIÓN CUBANA: CUESTIONES DE SER O NO SER.....	140
<i>Nilda Haydeé Rizo Pérez y Viviana Mercedes Trejo Rizo</i>	
9.- LA REDEFINICIÓN AXIOLÓGICA DEL PRINCIPIO SOBERANÍA EN EL MARCO DEL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN	162
<i>Olga Victoria Madrigal Álvarez y Vladimir Pita Simon</i>	
10.- EL MUNICIPIO CUBANO EN EL CALEIDOSCOPIO CONSTITUCIONAL DE 2019: CON LA AUTONOMÍA EN EL LENTE	177
<i>Victoria Margarita Villarreal Lesmes y Caridad Rosa Jiménez Morales</i>	
11.- EL DERECHO AL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 2019	195
<i>Caridad Rosa Jiménez Morales</i>	
12.- LA IGUALDAD COMO VALOR- PRINCIPIO- DERECHO DESDE UN ENFOQUE DE GÉNERO	225
<i>Danelia Cutié Mustelier y Caridad Rosa Jiménez Morales</i>	
13.- EN BUSCA DE LOS DERECHOS PERDIDOS: LOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.....	245
<i>Myrna Beatriz Méndez López y Elaine Miranda Quintana</i>	
14.- DEL DERECHO A LA CIUDAD Y SUS PILARES COMO DERECHO HUMANO EMERGENTE.....	263
<i>Ana Rosa Aguilera Rodríguez</i>	
AUTORAS Y AUTORES	291

INTRODUCCIÓN

A principios de los años noventa del Siglo XX la Universitat de València inició un intenso proceso de colaboración con universidades cubanas, en particular la Universidad de La Habana y la Universidad de Camagüey, que estableció lazos imborrables entre las comunidades académicas valenciana y cubana. El programa de Doctorado en Derecho que dirigió el profesor Roberto Viciano Pastor, y que se desarrolló en varias ediciones, contó con el apoyo sin fisuras del profesorado cubano, en particular los profesores Juan Mendoza Díaz en La Habana y Carlos Villabella Armengol en Camagüey, y significó un antes y un después en esa relación de hermanamiento entre las universidades cubanas y valenciana que aún hoy continúa. Estos fueron los firmes cimientos sobre los cuales se levantó una consolidada comunidad académica sin precedentes en ambos países, y que derivó en aprendizajes mutuos, debates fructíferos, construcción colectiva de conocimiento, publicaciones conjuntas, numerosas tesis doctorales defendidas, y relaciones personales que perduran indelebles en el tiempo.

Con el transcurso de los años, varias universidades tanto cubanas como españolas se sumaron a esta relación de hermanamiento, ampliando la comunidad y generando nuevas vías de trabajo conjunto. Fruto de esta relación es el proyecto de cooperación que apoya esta publicación, y que fue financiado en la VI convocatoria de proyectos de cooperación de la Universitat de València. Se trata del proyecto de fortalecimiento de los derechos constitucionales en Cuba a través de la Unidad de Estudios sobre la Justicia Constitucional, cuyo beneficiario fue la Universidad de Holguín con la participación de la Universidad del Oriente. Gracias al proyecto pudimos trasladar diverso material bibliográfico e informático a Holguín en un momento en que era realmente necesario, además de colaborar en uno de los eventos más importantes del país sobre la generación de condiciones para la constitucionalización del Derecho en Cuba y la consolidación de los avances en los derechos. Profesores

como Vladimir Pita y Luis Alberto Pérez Llody hicieron posible esta colaboración.

El proyecto financiado por la Universitat de València nos permitió asistir y participar en el II Congreso Internacional para el Diálogo Transatlántico «Política, Derecho y ciencias sociales», donde se presentaron y debatieron un buen número de los textos que recoge este volumen, con abundante participación de profesorado internacional que destacó de manera unánime la importancia del evento y el enorme esfuerzo de organización. Sin lugar a duda, la entidad científica del encuentro, la calidad de las ponencias y el elevado nivel de las discusiones demostraron el vigor de los estudios jurídicos en Cuba y el compromiso de las profesoras y profesores con la investigación y la producción de ciencia desde una permanente ambición por el progreso social. El posterior curso de formación, titulado «Fortalecimiento de los derechos constitucionales: justicia constitucional y normatividad de la Constitución en América Latina», celebrado en la sede provincial de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Holguín, con una enorme asistencia de especialistas y estudiantes de todo el país, corroboró el incansable interés y la pasión por el debate jurídico que caracteriza a las entidades universitarias anfitrionas y que impregna a las personas que las visitan, permitiendo un enorme aprendizaje particularmente útil para el oficio de jurista en otras realidades.

Estos rasgos, la pasión por el derecho y la calidad científica, caracterizan igualmente al conjunto de esta obra, que merece una lectura detenida de toda persona jurista interesada no solo por la realidad del Derecho en Cuba sino por el desarrollo de dimensiones fundamentales y de total actualidad para la evolución de la ciencia jurídica crítica y comprometida. A lo largo de sus textos, las autoras y los autores cubanos tratan temas si no inéditos, cuanto menos desde dimensiones novedosas en relación con la doctrina clásica cubana, y se resignifican conceptos como el de constitucionalismo, justicia constitucional, Derecho procesal constitucional, amparo, soberanía o autonomía municipal. Son conceptos todos ellos que permiten abrir nuevas sendas de investigación y actualizar los debates en la academia para situarlos en el paradigma de las nuevas tendencias del Derecho

constitucional en un momento en que las transformaciones en el Derecho deben apuntar hacia la búsqueda de una Constitución fuerte, que es el instrumento jurídico destinado por su naturaleza a promover los derechos.

Al tiempo, el volumen recoge aportaciones que profundizan en cuestiones en permanente evolución, importantes para los estudios jurídicos a nivel global, y que se desarrollan manejando las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes, analizando cuestiones clave como el derecho al trabajo, su dimensionamiento y recepción constitucional actual; la igualdad de género, los derechos sexuales y los derechos reproductivos a la luz de la cláusula de igualdad y su desarrollo reciente, o el derecho a la ciudad como derecho emergente.

Son tiempos de decisión en Cuba que pueden marcar la historia del país. La Constitución cubana de 2019 supone una oportunidad de enorme importancia para reafirmar el avance en los derechos. Corresponde a la academia cubana desarrollar los alcances doctrinales para el progreso del constitucionalismo cubano, y en ese compromiso se sitúan los textos que las lectoras y los lectores tienen en sus manos, y que provienen de investigaciones generadas en varias universidades de la isla, en particular del Oriente cubano. Los catorce capítulos de este encomiable trabajo miran al futuro con la esperanza de que el nuevo ordenamiento constitucional cubano permita los cambios necesarios para el progreso constitucional y el fortalecimiento de los derechos.

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ Y RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

A MODO DE PRÓLOGO



VLADIMIR PITA SIMON

La realidad sociopolítica y jurídica cubana actual es más rica, compleja y diversa de lo que normalmente se puede percibir el observador casual. La isla se encuentra en un momento en el que la conjunción de circunstancias caracterizadas por las asimetrías convergentes, provoca la singularidad de un cambio social cada vez más acelerado, que encuentra en el Derecho y la institucionalidad del Estado centros telúricos que dibujan la silueta de la crisis nacional y sus potenciales salidas.

Cuba enfrenta hoy a la emergencia de una multiplicidad de crisis que afloran después de largos años de gestación y que tensan al máximo las capacidades del país para solventarlas dentro de una dinámica que ponga en su horizonte un rediseño democrático y emancipador del conjunto institucional y la praxis social.

Lo ecléctico del contexto insular, donde se conjugan la impronta cultural española, el ademán pragmatista del norte y los muros de la arcaica arquitectura soviética, brindan un cuadro único de lo que fue el siglo XX y la lucha de un pueblo por encontrar su encuadre dentro de la sociedad de la posglobalidad.

Lo constitucional se muestra entonces como la oportunidad de reinventarse, el lugar donde la nación puede recrear su identidad y proyectarla desde nuevos contenidos y fórmulas. La necesidad de múltiples modernizaciones y de profundizar en los procesos de democratización del conjunto de las relaciones sociales, encuentra en el paradigma del nuevo constitucionalismo latinoamericano un referente insoslayable que permite asumir el cambio impostergable con las garantías de afianzamiento de la justicia social, y la más amplia participación ciudadana.

La transformación del conjunto del ordenamiento jurídico cubano, en la búsqueda de la actualización normativa en consonancia tiene su momento troncal en la promulgación de la

Constitución de la República de Cuba de 2019, segunda de la etapa revolucionaria¹.

Entre las novedades de la Constitución de 2019 es muy significativo que en su artículo primero, se exprese que «Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social». El campo investigativo que abre este concepto para la Justicia Constitucional en Cuba, no tiene precedentes en la historia reciente de la isla, y afortunadamente no es el único destacable dentro del magno texto. Es por ello motivo de satisfacción la confluencia en el presente libro, de autores de varias universidades del país, con el propósito de analizar en sus respectivos campos de investigación, problemáticas jurídicas de diversa índole, la mayoría derivadas de la entrada en vigor de la nueva Constitución y su impacto dentro del ordenamiento jurídico y en la vida social en general.

Sin previo acuerdo, al menos cinco de los trabajos expuestos en el libro abordan, desde diversas disciplinas jurídicas, el artículo 99 constitucional referido a la posibilidad del ciudadano de recurrir al tribunal cuando sufra daño o perjuicio a raíz de acciones u omisiones de los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados. En el ámbito jurídico cubano, este ha sido uno de los puntos de mayor debate nacional, al reconocerse la necesidad de su implementación efectiva como garantía de los derechos de la ciudadanía y por supuesto, de la real consecución del Estado socialista de derecho y justicia social.

En el libro acoge además, una evolución histórica del sistema político cubano que da lugar a sus respectivos textos constitucionales, un análisis del municipio en Cuba y sus nuevas potencialidades a la luz del reconocimiento de su autonomía y una investigación sobre el derecho al trabajo. También se incluyen artículos dedicados a la soberanía y a la igualdad como valor-principio-derecho desde un enfoque de género y otros dos

¹ La historia constitucional posterior a la Revolución Cubana de 1959, reconoce la vigencia de tres textos constitucionales, la Ley Fundamental de febrero del propio año, la Constitución de 1976 con sus sucesivas reformas y la Constitución de 2019. La diferencia estriba en que el primero de los textos estaba muy comprometido con la Constitución de 1940, y no contó con los mecanismos de análisis, discusión y aprobación en referéndum que tuvieron las otras dos, además de las distancias existentes en cuanto a contenido, valores y principios, referentes, situación sociopolítica, entre otras.

trabajos pioneros en sus objetos de estudio referentes al derecho a la ciudad y a la construcción jurídica de los derechos sexuales y reproductivos. En tal sentido, el lector tendrá a su disposición un compendio de estudios generales sobre lo más reciente de la producción jurídica nacional, y podrá acercar un poco más su mirada hacia temáticas más específicas válidas tanto para Cuba, como para el resto mundo.

Este texto sería imposible sin el Proyecto Internacional «Fortalecimiento de los derechos constitucionales en Cuba a través de la Unidad de Estudios sobre la Justicia Constitucional», llevado a cabo como parte de la VI Convocatoria de Proyectos de Cooperación de la Universidad de Valencia (2022). Su líder investigativo, el Catedrático de Derecho Constitucional Rubén Martínez Dalmau se ha convertido en el alma de los esfuerzos realizados por generar desde la periferia cubana un pensamiento constitucional renovador que dé cuenta del intenso y no exento de agudas contradicciones, procesos de constitucionalización que vive la isla. Junto a él la Dra. Adoración Guamán ha jugado un papel fundamental en la consolidación del proyecto, y en especial en la materialización de este texto. No podemos dejar de mencionar el apoyo del Dr. Roberto Viciano, que durante años ha acompañado a los procesos de cambio constitucional latinoamericano y ha favorecido de manera incansable la formación de especialistas cubanos en la materia.

Juntas la Universidad de Holguín y la Universidad de Oriente, las dos más grandes universidades del oriente cubano han acogido la idea del desarrollo del nuevo constitucionalismo latinoamericano en clave cubana. Uno de los principales impulsores de este esfuerzo es el Dr. Luis Alberto Pérez Llody, Vicerrector de la Universidad de Oriente. Gracias a sus ideas y acción se ha creado de un espacio de crecimiento y diálogo que sin duda favorecerá el pujante futuro del Derecho Constitucional en Cuba.

Finalmente agradecemos la pronta y oportuna respuesta de los investigadores miembros del proyecto, y de los colaboradores que accedieron a mostrar sus resultados científicos en el presente texto.

Dr. C. Vladimir Pita Simon



1.- EL PLEXO AXIOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 2019



CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL

I.- Filosofía y Constitución. Apuntes sucintos

La pregunta por qué obliga la Constitución tiene como substrato el cuestionamiento sobre su fundamentación. Ello ha tenido respuestas diversas desde la filosofía jurídica. Tres corrientes han sido significativas: el naturalismo, el positivismo y la axiología.

Sobre la perspectiva que se abraza, se erigirá, también, una determinada concepción de Constitución, qué debe contener y qué función desempeña el magno texto, son interrogantes que han tenido respuestas, igualmente, disímiles. Aristóteles entendió que ordenaba las magistraturas de una ciudad (Aristóteles, 1920, p. 33); Simonde de Sismondi, que expresaba la manera de existir de una sociedad (1843, p. 13.); Hans Kelsen, que constituía la ley de leyes sobre la que se asentaba el orden jurídico y político (s/a., p. 244); Carl Schmitt, que expresaba la unidad política de un pueblo (1992, p. 24); Rudolf Smend, que normativizaba la totalidad de la vida estatal (1928, p. 57); Peter Habërle, que refleja el patrimonio cultural de una nación y el fundamento de sus esperanzas (2001, p. 137).

El iusnaturalismo sostiene una noción valorativa y cualificada de la naturaleza. Entiende que de ella derivan elementos definidores de lo que es correcto; criterios que guían el com-

portamiento humano; principios para validar las decisiones jurídico-políticas. Lo «natural» es el mejor estado de una cosa. No existe contradicción entre las normas del mundo humano (*nomos*) y las normas del orden natural (*physis*), porque existe un orden increado, universal, eterno, justo, del que el hombre participa y del que se nutren las leyes humanas. En palabras de Welzel, «ley y naturaleza, *nomos* y *physis* constituían una unidad esencial» (Welzel, 1971, p. 3). Quien obra según la naturaleza, actúa acorde con una inteligencia universal (*logos*) que le trasciende y que marca la existencia armónica de las cosas. Saavedra López afirma que es una «percepción metafísica, no científica de la naturaleza» (2012, p. 48).

Esta corriente tiene dos modelos, el aristotélico-tomista y el contractualista. En la visión de Aristóteles la naturaleza tiene un significado teleológico, es un proceso encaminado a un fin que representa el estado perfecto de algo. La verdadera naturaleza es aquella realidad que emana «cuando las cosas han alcanzado la plenitud de desarrollo», afirma Saavedra López (2012, p. 48); es una serie graduada de formas en la que «cada estadio encierra en sí todos los precedentes», apunta Welzel (1971, p. 25).

El iusnaturalismo racional, contractualista e individualista del siglo XVIII, fue sostén filosófico de las revoluciones burguesas, estandarte ideológico de la burguesía naciente. La idea de un estadio prepolítico en el que los hombres eran libres e iguales, soportó el enfrentamiento al desigual régimen feudal. La concepción dualista de que existía un derecho natural intrínsecamente justo, diferente al derecho positivo, desafió las leyes que legitimaban la sociedad estamental. Las categorías ilustradas que vertebraron la narrativa política: estado natural, derechos naturales, contrato social, división de poderes, soberanía popular; decantadas por Bodín, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau y Sieyès; sustentaron la razón de ser de la Constitución escrita. López Camera afirma que el iusnaturalismo «debe ser considerado como una de las posiciones filosóficas más acordes con las inquietudes de la burguesía en aquella época» (López Camera, 1971, pp. 38, 39).

El constitucionalismo que evolucionó a lo largo del siglo XIX abandonó paulatinamente los postulados anteriores, fértiles para

legitimar la destrucción del *Ancien Régime*, pero inviables para afianzar el nuevo orden político. La Constitución representó el punto de llegada del proceso de centralización política, despersonalización del poder y monopolización de este por el Estado; expresó la sublimación de la ley escrita como instrumento que dota de previsibilidad y seguridad a las relaciones socio-económicas y políticas. García Pelayo afirma que «se produjo una especie de unificación de la imagen jurídica del mundo (...) para todo Estado que pretendiera entrar en la esfera de la civilización, era inexcusable la implantación del régimen constitucional (...) que representa algo perfectamente encuadrado dentro del proceso histórico de la racionalización, objetivización y despersonalización del Estado» (García Pelayo, 1984, pp. 29, 36, 37).

El iuspositivismo tiene diferentes expresiones, coincidentes en entender que el objeto del derecho se limita a las normas positivizadas, razón por la que, indagar fundamentos más allá de ellas resulta especulativo. Sus postulados esenciales son los siguientes: a) los fenómenos son incomprensibles fuera de su realidad, solo resulta científico lo que es observable o es deducido de la experiencia, el derecho es lo que está escrito, lo que se encuentra establecido, lo que viene dado por el legislador; b) el derecho es válido si ha sido creado por el órgano adecuado según el procedimiento establecido; c) la legitimidad del derecho no depende de un fundamento moral, los juicios de valores son emotivos pero no cognoscibles, el derecho es un dogma que no necesita ser enjuiciado; d) los valores y principios éticos son irracionales, solo pudieran aceptarse si se positivizan como constatación de una realidad dada por la experiencia; e) el derecho es una construcción aséptica, circunstancial históricamente, establecida por el Estado; f) el derecho es un sistema cerrado de reglas gradadas y coherentes que son aprehendidas objetivamente mediante su análisis gramatical o discerniendo lo que pretendió su creador; g) el juez es el oráculo del derecho, su aplicación cuasi-matemática se realiza esencialmente sobre la base de un criterio de subsunción.

La corriente tiene su expresión sistematizadora más visible en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Esta es una doctrina formalista que parte del análisis lógico-lingüístico de las normas

jurídicas, como sistema jerarquizado de enunciados, conceptos e instituciones de diferentes calibres. En esa línea, prescinde de cualquier dato que pueda resultar «contaminante», desecha los juicios de valor, rechaza las consideraciones morales porque resultan «tóxicas» para la comprensión del lenguaje normativo; «desde el punto de vista de un conocimiento dirigido al derecho positivo, una norma puede ser tenida por válida, aunque contradiga al orden moral», asegura Kelsen (1981, p. 81).

Para el autor austriaco el criterio orientador del Derecho no es la causalidad sino el principio de imputación mediante el que se atribuye consecuencia a un supuesto de hecho. El Derecho es identificado con las normas, y la validez depende de que sean formal y materialmente correctas, no de su sustrato moral. De la validez se desgaja la eficacia. Esa es la piedra angular de la teoría normativista, el entendimiento del Derecho como la concatenación jerarquizada de normas cuya validez depende de que cada una haya sido creada acorde con los procedimientos establecidos (validez formal) y que sus contenidos no contradigan a la norma superior (validez material). En la cúspide de esa pirámide se sitúa la carta magna. Kelsen afirma: «La Constitución es la razón por la cual las leyes son normas válidas. En este sentido, la Constitución es una norma de mayor jerarquía que las normas representadas por las demás leyes. Las leyes escritas y consuetudinarias se basan en la Constitución en el mismo sentido en que las decisiones de los tribunales, es decir, las normas individuales que los tribunales establecen se basan sobre leyes. Que una norma jurídica se basa en otra significa que la última es la razón por lo que otra es válida» (1981, p. 244).

En ese punto, el dilema estribaba en el anclaje de la Constitución, cuestión que resuelve el profesor de la Universidad Heidelberg con la invención de la norma básica o norma fundante (*Grundnorm*). Esta era un supuesto hipotético, abstracto, incuestionable, vinculante, válido *per se*, que la sustenta. La ley de leyes se presenta, entonces, como un instrumento aséptico que ordena el poder político, define las pautas de creación del Derecho y prescribe el orden social. Como afirma el citado Saavedra López, la doctrina de Kelsen es una teoría pura del Derecho (*reine rechtslehre*) que resulta un puro vacío jurídico

(*reine rechtsleere*): «la validez del derecho no es un asunto sólo formal, que dependa de la formalidad de su creación, sino un asunto que requiere de una justificación moral y política» (Saavedra López, 2012, p. 119). Manuel Atienza acota que «(...) la crítica fundamental que cabe dirigir al positivismo jurídico es que se trata de una concepción demasiado pobre del Derecho, que no consigue dar cuenta de la complejidad de la experiencia jurídica (...). No puede hacerlo porque el positivista reduce el Derecho a una sola dimensión: la autoritativa; dejando fuera el componente de valor» (2017, p. 117).

El positivismo sirvió de pilastra a la burguesía decimonónica, que se despojó del ropaje revolucionario y no requería, para ese entonces, de una teoría transformadora. Sus enunciados sostienen el orden constitucional de naturaleza quietista, conservadora del *statu quo*, que soslaya la capacidad transformadora del poder constituyente soberano. Tiene razón Bobbio cuando afirma que es no solo filosofía, sino también ideología, porque consagra «el deber absoluto o incondicionado de obedecer a la ley en cuanto tal» (1993, p. 102).

La idea de fundamentación axiológica del Derecho fue planteada desde finales del siglo xix por autores alemanes, entre ellos, Max Scheler y Nicolai Hartmann que dieron cuerpo a la teoría de los valores (Frondizi, 1968) (Ruyer, 1969). Fue Ronald Dworkin, empero, quien produjo la inflexión. En la polémica con H. L. A. Hart plantea con rotundez que el Derecho se constituye por reglas y principios, y estos últimos «señalan una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad» (1989, p. 72). Con ello, propina una estocada letal al positivismo, al reconocer que existen normas-principios y que estas proporcionan un basamento moral al Derecho, le insuflan cauces y fines, suministran al operador jurídico ejes para actuar; particularmente en los casos difíciles «cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente» (Dworkin, 1989, p. 146).

El referido Saavedra López sostiene que Dworkin develó la «conexión entre el derecho y la moral, entre el derecho y los principios de justicia, que la razón práctica puede y debe restablecer esa conexión para comprender correctamente el sentido

y alcance del derecho, tanto desde el punto de vista conceptual como desde el punto de vista de sus contenidos» (2012, p. 147). González Monzón apunta que el profesor de la Universidad de Oxford «desarrolló una teoría interpretativa del derecho, entendido como práctica social, que necesariamente debe incorporar sus razones de justificación, lo que a su vez requiere tener en cuenta a los argumentos morales» (2020, p. 86).

La tesis de Dworkin abrió un debate iusfilosófico que alcanza la actualidad, sobre la objetividad de los principios, su naturaleza jurídica, su pertinencia como parámetro exegético, los métodos con los que deben operacionalizarse, la discrecionalidad de los jueces para actuar con ellos.

En esa tesitura, se contorna una «noción axiológica de Constitución» como apunta Paolo Comanducci (2002, p. 84); enfoque indicativo de que la supremacía de esta deviene, no solo, de organizar los poderes públicos y ordenar las relaciones con los ciudadanos; también, de fundamentar moralmente la relación poder-derecho-sociedad.

Manuel Atienza considera que el planteamiento no es totalmente nuevo y en alguna medida, es un regreso al iusnaturalismo: «El constitucionalismo del presente, por su contenido axiológico indudable, no ha supuesto, sin embargo, la crucifixión del positivismo, sino algo bien distinto, la ‘positivación del iusnaturalismo’, en cuanto que ha integrado en la norma constitucional (ha normativizado) determinados principios (dignidad de la persona, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad, libertad, igualdad, justicia) que orientan axiológicamente el modo de ser del ordenamiento constitucional.» (2021, p. 23)

Sobre esa idea se configura la noción de Estado constitucional, vocablo que invoca el carácter hegemónico e invasivo de la carta magna, su supremacía material a partir de los principios y valores, los que mandatan la esfera pública y permean las relaciones privadas. Como anota Prieto Sanchís, no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la ley fundamental desde sus criterios de justicia (2007, p. 216). Susana Pozzollo desarrolla la idea señalando: «En el Estado constitucional, la Constitución es la norma jerárquicamente más elevada, no solo

formalmente, sino también desde un punto de vista sustancial (...) [esta] impondría al legislador no solamente el respeto lógico-formal sobre sus decisiones, sino también el desarrollo (...) y sobre todo su aplicación. Las constituciones estarían dotadas de una fuerza invasiva general, derivada justamente de haber constitucionalizado toda una serie de valores que la convertirían en un objeto completamente diferente (...) sería un valor en sí (...). De este modo, la constitución evidenciaría su especificidad (...) respecto al resto del ordenamiento no solo y no tanto por su posición jerárquica, sino sobre todo por su valor moral» (2009, pp. 192 y 199.).

II.- Principios y valores constitucionales

Las normas que acogen principios y valores son preceptos abiertos, indefinidos, de juridicidad difusa; enunciados que requieren conceptualizarse, concretarse y optimizarse. Lo primero implica que tienen que significarse, vincularse al estándar hermenéutico decantado jurisdiccionalmente, dimensionarse social e históricamente; operación que, como advierte Pozzolo, ofrecerá una lectura moral y no solo literal (Pozzolo, 1998, pp. 339-353). Lo segundo equivale a determinar su ámbito de realización; según Ricardo Guastini, decidir a cuáles supuestos es aplicable y a cuáles no, y determinar, en consecuencia, si es válido para el caso en cuestión (Guastini, 2008, p. 79). Lo tercero entraña que el enunciado del principio sea realizado en la mejor y mayor medida posible; porque, como asiente Robert Alexy, los principios y valores se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas (Alexy, 2002, pp. 86, 99.).

Gustavo Zagrebelsky apunta, que los principios son preceptos dúctiles y fluidos, que contienen pronunciamientos generales, abstractos, que remiten a referentes históricos, culturales y morales, que fungen como criterios unificadores y estándares de actuación (Zagrebelsky, 2003, pp. 33, 110). Guastini añade que constituyen enunciados derrotables, vencibles, porque no establecen exhaustivamente las condiciones o excepciones de su aplicación y se interpretan en relación con los bienes o intereses

en conflicto, por lo que entre ellos no existe una prevalencia fija, sino una jerarquía móvil (2001, p. 146).

El entendimiento de qué es un principio no es unívoco. González Monzón reconoce que estos se contemplan de diferentes maneras: tipo de norma diferente a las reglas; fuente formal del derecho; parámetros interpretativos; criterios para la argumentación; forma de expresión de los derechos fundamentales (González Monzón, 2020, p. 32). Atienza y Ruiz Manero distinguen ocho sentidos en el vocablo: enunciado muy general que regula un caso cuyas propiedades son relevantes; norma redactada en términos vagos e indeterminados; norma programática o directriz; norma que expresa valores de un ordenamiento o institución; norma especialmente importante; norma de elevada jerarquía que condiciona a otras; pauta dirigida a los órganos encargados, que indica cómo se debe interpretar y aplicar una norma; *regula iuris* o máxima que permite sistematizar un conjunto de normas (Atienza y Ruiz Manero, 1991, pp. 101-120).

Aunque no existe una diferenciación tajante entre principios y valores en el ámbito que comentamos, puede admitirse que los últimos tienen un trasfondo ético y sociocultural marcado porque expresan atributos esenciales para la existencia del hombre, cualidades humanas, comportamientos positivos, conductas cívicas, actitudes que una comunidad pondera como adecuadas en un imaginario de vida justa y buena. El citado Alexy concluye que los principios pertenecen al ámbito de lo deontológico y los valores al ámbito de lo axiológico, lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor, en el modelo de los principios es *prima facie* lo debido (Alexy, 2002, p. 147). Leguina Villa señala que no existe distinción nítida entre los principios y los valores, ambos son normas con sentido finalista que permean al resto de las normas jurídicas y fungen de parámetro de constitucionalidad de disposiciones jurídicas y actuaciones (1987, pp. 7-37).

La Constitución española de 1978 introdujo un enunciado que se convirtió en referente para la cultura jurídica moderna por su capacidad expresiva. En el artículo 1º, correspondiente al título preliminar, estampó que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la

justicia, la igualdad y el pluralismo político. Así, se acuñó un vocablo que sintetiza los valores y principios rectores que abraza el ordenamiento jurídico-político. (Vilas, 1984, pp. 87-102); (Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell, 1992, pp. 97-100); (Parejo Alfonso, 1990)

Peces-Barba, uno de los padres del código español, sostiene que la sección refiere cláusulas de raíz moral que la Constitución suscribe, fungiendo de «normas materiales, normas iterate en la terminología bobbiana, (...) normas sobre normas [que] tienen un contenido conceptual que no se agota en su perspectiva normativa, sino que excede de la misma y hunde sus raíces en el campo de la moralidad» (Peces-Barba, 1987, pp. 373-388). Díaz Revorio expresa que el acápite trasmite el «conjunto de ideas y creencias propias de la sociedad que condicionan el comportamiento humano y el sistema de normas sociales y jurídicas» (1997, p. 32).

Los valores y principios dimensionan la carta magna como código deontológico porque fundamentan el orden político, jurídico y social; proyectan un «deber ser» anclado en razones morales y exigencias de justicia, criterios que se convierten en claves de la relación poder político-derecho-sociedad; guían el desempeño del poder público; suministran sentido programático a la administración pública; racionalizan la actuación de los agentes del Estado; ofrecen coherencia al ordenamiento jurídico desde una filosofía de la justicia y permiten resolver sus lagunas y antinomias; informan el actuar del legislador; constituyen brújula para la interpretación y aplicación del derecho; pautan el ejercicio de los derechos fundamentales; trazan parámetros para la actuación personal; orientan la convivencia de la comunidad; cohesionan a la sociedad.

III.- El plexo axiológico de la Constitución de 2019

La carta magna de 2019 se adhiere a una filosofía axiológica, es un documento principalista. Acoge en diferentes capítulos un cuerpo de valores, principios, fines y normas teleológicas. Por ello, y porque el texto no lo enfatiza, resulta complejo precisar cuáles constituyen los principios y valores fundantes del ordenamiento social y político. El vocablo principio además, se emplea en distintas dimensiones o con disímiles adjetivos:

principios revolucionarios y éticos, principios de las relaciones internacionales, principios del derecho internacional, principios del cooperativismo, principios del régimen económico socialista, principios de la empresa estatal, principios de la política educacional, principios sobre los que se establecen los derechos, principios de organización y funcionamiento de los órganos del Estado, principios de la democracia socialista.

En un ejercicio de acotación puede asumirse que el artículo 1° que encabeza el capítulo inicial del título primero, intitulado precisamente «principios fundamentales», nuclea las cualidades que el constituyente quiso ponderar como esenciales en el ordenamiento cubano: Estado socialista de derecho y justicia social, dignidad humana, humanismo, ética, libertad, equidad, igualdad, solidaridad, bienestar, prosperidad individual y colectiva. A estos, debe añadirse otro atributo capital por su fuerza de metanorma, que se refrenda en el artículo 41: no discriminación.

Comulgando con lo anterior, debe señalarse empero, la inexactitud del constituyente en el manejo de algunas de las categorías citadas. Vocablos como igualdad, libertad, justicia social y no discriminación tienen significados indelebles y desarrollos exegéticos que asientan un estándar universal. Sin embargo, humanismo o prosperidad resultan imprecisos como principio. Igualmente, algunas denominaciones se refrendan en más de una ocasión con adjetivos distintos, lo que resulta confuso: bienestar (art. 1°), bienestar material y espiritual (art. 31), bienestar general (art. 45); ética (art. 1°), ética inherente a la sociedad socialista (art. 13.g). La incorporación de un plexo axiológico es loable porque dota de «alma» a la Constitución, trasluce lo que la nación quiere para sí, fija un derrotero moral al pacto de convivencia; pero, se requiere, de un ejercicio que depure esos constructos, los contextualice en la realidad cubana y los convierta en parámetros exegéticos de los operadores jurídicos.

Del entramado de principios citados, existen dos que son capitales por su transversalidad, porque expresan la quintaesencia del poder político público y colocan al ser humano como centro de cualquier disquisición. A continuación, los comentamos.

ESTADO SOCIALISTA DE DERECHO Y JUSTICIA SOCIAL

El concepto de Estado de derecho (*Rechtsstaat*) es resultado de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII. Lo empleó por primera vez Robert von Mohl en la obra *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, publicada en 1831 y posteriormente en el texto *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, editado en 1844 (Von Mohl, 2002, p. 134). El término significa, *lato sensu*, el gobierno de las leyes. En el contexto de su conformación, el vocablo se patentizó como reverso del Estado personal absolutista; contrario a la idea de *princeps legibus solutus*; opuesto a la idea del Rey Sol: *L'etat se moi*. La categoría devino puntal de la teoría política, su capacidad expresiva evoca, *prima facie*, la esencia del Estado moderno.

La subordinación del poder al ordenamiento jurídico es ingrediente *sine qua non* del concepto, pero ello no es suficiente, como reconoce Elías Díaz: «no hay en rigor Estado de derecho si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida, es decir, que no hay Estado de derecho si la ley no es expresión de la voluntad general» (1981, p. 19).

Prieto Sanchís señala que el Estado de derecho se caracteriza porque la ley es creada por un órgano representativo y tiene carácter general y abstracto; existe separación de poderes, lo que se traduce en límites al poder ejecutivo e independencia del poder judicial; se reconocen y garantizan los derechos fundamentales, mínimamente los derechos civiles y políticos (2008, p. 39). De Carreras apunta que las variables fundamentales del concepto son las siguientes: los individuos que ejercen el poder están sometidos a normas previas; estos órganos se hallan separados entre sí y son las normas jurídicas las que le señalan el ámbito exacto de su poder; el ejercicio de este poder consiste en producir y aplicar normas jurídicas (1996, p. 21). El citado Elías Díaz anota como ejes: el imperio de la ley; la división de poderes; la legalidad de los actos de la administración pública; el reconocimiento y protección de derechos y libertades (1981, p. 31).

Resumiendo los criterios anteriores puede afirmarse que el concepto se explicita en los rasgos siguientes puntuales: I) sometimiento del poder político público al derecho; II) la ley como

expresión de la voluntad general construida en el parlamento, conformada de acuerdo con el procedimiento previamente establecido; III) coherencia material de la ley con la Constitución; IV) reconocimiento de derechos y libertades; V) división y desconcentración del poder político; VI) institucionalización de mecanismos de control entre los órganos de poder; VII) responsabilidad del Estado por los actos de sus agentes.

La ley suprema de Bonn de 1949 añadió nuevas dimensiones al concepto. Planteó en el artículo 28 que «el orden constitucional de los Estados deberá responder a los principios del Estado de Derecho, republicano, democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental». La carta magna española de 1978 fue más clara en el artículo 1º cuando expresó: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

De esta manera, la categoría se matizó en el contexto del Estado benefactor con dos adjetivos: social y democrático. Ello no implicó la negación de los atributos descritos, sino la anexión de otras cualidades: VIII) democratización de los derechos políticos con el reconocimiento del sufragio universal; IX) participación del soberano en los asuntos públicos mediante mecanismos de democracia directa; X) reconocimiento de derechos socioeconómicos; XI) desarrollo de políticas públicas propiciadoras de una igualdad material; XII) garantía de la Constitución.

El vocablo se incorporó, asimismo, al orden jurídico global. En 2004, el secretario de Naciones Unidas Kofi A. Annan señalaba que: «es un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos» (2004).

El constructo fue ignorado por la doctrina socialista soviética que, *in genere*, rechazó las nomenclaturas jurídico-políticas empleadas por la teoría occidental. La Constitución cubana de 2019 lo incorpora en el artículo primero como se mencionó: «Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social inde-

pendiente y soberano organizado con todos y para el bien de todos...»

¿Qué naturaleza adquiere el Estado de derecho de esencia socialista?

El glosario que se anexó al proyecto estableció una definición esencial, basada en el sentido primigenio de la expresión, pero que poco aportaba a personalizarlo. Señaló: «Estado socialista de derecho: Es la concepción del Estado que refleja que su estructura y funcionamiento se rigen por el acatamiento a lo establecido en la Constitución de la República y en el resto de las disposiciones normativas que conforman el ordenamiento jurídico». La incorporación del término no suscitó debate durante la gestación del texto constitucional y poco ha reflexionado la academia al respecto hasta el momento de escribir estas líneas.

En ejercicio preliminar de depuración del vocablo, abierto al debate, establecemos que entre los rasgos del *Estado de derecho socialista* se encuentran los siguientes: I) ejercicio del poder político público por el pueblo, de manera directa o mediante las asambleas del Poder Popular; II) desempeño ético del poder público, sobre la base de lo fijado en la Constitución y las leyes; III) la Constitución como expresión del pacto de convivencia de la nación; IV) eficacia directa de la Constitución; IV) la ley como expresión de la voluntad popular, representada en la Asamblea Nacional; V) unidad del poder político y, división y especialización de las funciones estatales; VI) la dignidad humana como sostén de los derechos y las libertades civiles, políticas, económicas, sociales y culturales; VII) control del poder público por el soberano; VIII) transparencia del poder político público; IX) desarrollo de políticas públicas humanistas, generadoras de equidad y justicia social; IX) responsabilidad del Estado por el actuar de sus directivos, funcionarios y empleados; X) derecho de acceso a la justicia y a un debido proceso.

DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana fue juridificada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, documento que en el preámbulo sentenció: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de

todos los miembros de la familia humana». A partir de entonces, se convirtió en constructo iusfilosófico cardinal de toda reflexión sobre el ser humano, «es clave misma del suelo ontológico y por tanto el criterio que otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del orden constitucional material», afirma Fernández Segado. (1992)

El vocablo proviene del latín *dignus*, que en su acepción primigenia significa virtud o decoro reconocido. En la Antigüedad se percibió como cualidad de la naturaleza humana que se desplegaba en la vida pública, en el entendido de que un buen hombre era también un buen ciudadano que procuraba el bien colectivo. En el Medioevo se entendió derivada de la creación del hombre por Dios, el que en su actuar buscaba la perfección propia de lo divino; en un segundo plano, se asoció a aspectos externos, vinculados a la distinción y poder de ser noble u ostentar un cargo. (Pelè, 2004, pp. 9-13); (García Moreno, 2003)

La dignidad es propiedad inmanente del ser humano, consecuencia de su esencia física, espiritual, racional y moral; es cualidad que sintetiza caracteres individuales, irreductibles de su naturaleza, expresión de su autonomía y autodeterminación; es valor sin equivalente que determina la máxima consideración que debe tener la persona, al margen de atributos externos e independientemente de la situación en la que se encuentre.

Peces-Barba apunta que «expresa las condiciones antropológicas y culturales del hombre que lo diferencia de los demás seres, como su libertad de elección o libertad psicológica, el lenguaje, la capacidad de razonar y de construir conceptos» (1999, p. 340), «un valor intrínseco de la persona, derivado de una serie de rasgos que la hacen única e irrepetible, centro del mundo y centrada en el mundo» (2002, p. 16). Kant asevera que «es atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da (...) la condición única bajo la cual algo puede ser fin en sí mismo no tiene un valor relativo, o sea un precio, sino que tiene un valor intrínseco, es decir, dignidad» (1996, pp. 25, 56). Bidart Campos, insiste que en la modernidad no puede asociarse a cualidades externas, «en todo momento (...) el hombre ostenta una interior dignidad que le viene no de ser un hombre digno, sino de tener la dignidad de un hombre.

Semejante dignidad interior, independientemente de la ‘dignidad moral’, no se conquista ni se pierde» (1993, p. 89).

Posee una naturaleza subjetiva-objetiva. Es cualidad íntima del ser humano, pero se cristaliza en las relaciones sociales. Tiene una doble dimensión interna y externa. Por un lado, expresa la autonomía y autodeterminación individual, otorga albedrío, libertad para ordenar la vida, poder para decidir y actuar; por el otro; impone no injerencia, respeto a la personalidad y ética privada, intangibilidad de los bienes físicos y morales del ser humano.

Los ordenamientos jurídicos modernos, con diferentes tonos, coinciden en reconocer que es fin supremo del Estado, principio esencial, valor fontanal.

Como fin del Estado guía el ejercicio del poder público, obliga a las instituciones a que accionen para su optimización, mandata al legislador en su función, orienta el quehacer de los operadores jurídicos en su labor interpretativa y aplicativa del Derecho, pauta la convivencia ciudadana desde una perspectiva ética.

Como principio de raigambre moral es un vocablo abierto, dúctil, imposible de transcribir en acepciones cerradas, una voz en permanente desarrollo. Subyace en toda valoración sobre el ser humano, en tanto es medida de lo necesario y justo para el individuo en una situación determinada. Valdés Díaz asevera que, «es exigencia de que los postulados constitucionales deben interpretarse del modo más favorable para promover los derechos, sobre la base de la igualdad y la autonomía, en función del libre desarrollo de la personalidad; a su vez, el libre desarrollo de la personalidad implica un crecimiento continuo en la construcción del propio ser, haciéndolo cada vez más rico, más justo, más fecundo, más capaz de darse a los demás; en una palabra, más humano» (2022, p. 95).

Como soporte ontológico resulta clave de bóveda de todos los derechos, presupuesto de las libertades y de la existencia social del ser humano. En esa tesitura, orienta la delimitación de su contenido esencial; marca un *minimum* por debajo del que disposiciones, acciones u omisiones, deben considerarse lesivas; cimienta el desarrollo de nuevos derechos; posibilita solventar

conflictos entre bienes e intereses legítimos. Libertad, igualdad y dignidad son, como señala Kant, formas de representar una misma ley moral (1996, p. 94).

La dignidad se constitucionalizó por primera vez en el texto de Irlanda de 1937, en el artículo 1º: «La dignidad del hombre es intocable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal». La carta italiana de 1947 en el artículo 3º refrenda: «Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales». La Ley Fundamental de Bonn de 1949, en el artículo primero plantea: «La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público». La Constitución española de 1978 en el artículo 10º anota: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano la incorporaron profusamente. El código de Venezuela de 1999 señala en el artículo 3º: «El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (...)». La carta de Ecuador de 2008 señala en el preámbulo que se construye «una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades»; y en el artículo 11º, numeral séptimo, apunta: «El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas (...)».

El documento de Bolivia de 2009 suscribe en el apartado 8º: «El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad (...)»; y en el artículo 22 registra: «La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado».

En la letra suprema cubana es acogida en el preámbulo como parte de una frase martiana que comentaremos *ut infra*, y en cinco ocasiones dentro del texto; en tono similar al empleado

por el constitucionalismo moderno. Se señala que es principio que rige el ordenamiento jurídico y político; constituye fin del Estado y mandato para sus actores, y se erige en valor supremo que sustenta la carta de derechos. Además, la sitúa como una constante del debido proceso penal: «Cuba es un Estado de derecho y justicia social (...) fundada en la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos (...)» (art. 1º). «El Estado tiene como fin esencial garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral» (art. 13.f). «La dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes» (art. 40). «Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana» (art. 42). «En el proceso penal las personas tienen la garantía de ser tratada con respeto a su dignidad e integridad física, psíquica y moral, y a no ser víctima de violencia y coacción de clase alguna para forzarla a declarar» (art. 95.d).

No es posible culminar el comentario en el contexto cubano sin evocar a José Martí.

La Constitución de 1976, en el penúltimo párrafo del preámbulo, acogió la frase «dignidad plena del hombre», presente también en el actual texto. Perteneció al discurso que pronunció en el Liceo Cubano en Tampa el 21 de noviembre de 1891, publicado inicialmente como «Por Cuba y para Cuba», y luego, «Con todos, y para el bien de todos».

La alocución fue parte de su labor unificadora y el empeño por crear el Partido Revolucionario Cubano que conduciría la Guerra Necesaria: «Para Cuba, que sufre, la primera palabra. De altar se ha de tomar a Cuba, para ofrendarle nuestra vida, y no de pedestal para levantarnos sobre ella». «¡Unámonos, ante todo, en esta fe; juntemos las manos, en prenda de esa decisión, donde todos los vean, y donde no se olvida sin castigo! (...) ¡De

todos los cubanos! (...) Se dice cubano, y una dulzura como de suave hermandad se esparce por nuestras entrañas (...).

En la pieza oratoria evoca a la república que se fundaría: «de ojos abiertos, ni insensata ni tímida, ni togada ni descuellada, no sobreculta ni inculta». Añadía: «Si en las cosas de mi patria me fuera dado preferir un bien a todos los demás, un bien fundamental que de todos los del país fuera base y principio, y sin el que los demás bienes serían falaces e inseguros, ese sería el bien que yo prefería: *yo quiero que la ley primera de nuestra república sea el culto a la dignidad plena del hombre* (...) cerrémosle el paso a la república que no venga preparada por medios del decoro del hombro para el bien y la prosperidad de todos los hombres (...).

La reforma constitucional de 1992 incorporó en el artículo 1º valores y principios (Villabella Armengol, 2003, pp. 54-70); (Ferrari Yaunner, 2018); (Guzmán Hernández, 2015, pp. 127-151), e incluyó otra fase de la citada disertación que perdura igualmente, en la ley de leyes de 2019. La frase sugiere la idea de una república inclusiva, solidaria, tolerante, de justicia social: «De las entrañas desgarradas levantemos un amor inextinguible por la patria sin la que ningún hombre vive feliz, ni el bueno ni el malo. Allí esta, de allí nos llama, se la oye gemir, nos la violan y nos la befan y nos la gangrenan a nuestros ojos, nos corrompen y nos despedazan a la madre de nuestro corazón ¡Pues alcémonos de una vez, de una arremetida última de nuestro corazón, alcémonos de manera que no corra peligro la libertad en el triunfo, por el desorden o por la torpeza o por la impaciencia en prepararla; alcémonos para la república verdadera (...) Y pongamos alrededor de la estrella en la bandera nueva, esta fórmula del amor triunfante: *Con todos, y para el bien de todos* (Martí, 1992, p. 8).

La idea de dignidad en Martí hay que descifrarla en conexión a las categorías de justicia, libertad, igualdad y solidaridad; las que son trabajadas con acento iusnaturalista. De estas, la noción de justicia constituye núcleo de su discurso político jurídico: «Existe en el hombre la fuerza de lo justo, y este es el primer estado del Derecho» (Martí, 1991, p. 234). Esa fuerza de lo justo es para él, un estadio ideal del orden universal; un momento totalizador, afirma Pita Simon, en el que se logra un

equilibrio entre la naturaleza, la sociedad y el individuo; siendo este el centro de toda disquisición, el fin de todos los propósitos (Pita Simon, 2014, p. 5).

El Apóstol no establece una definición de dignidad, pero de la lectura de sus múltiples escritos se infiere que la concibe como rasgo inmanente del individuo que se despliega cuando este se ha emancipado, y supone, un comportamiento humanista, ético y cívico de este en la sociedad. En la publicación que realiza en la *Revista Universal* el 4 de junio de 1875, y que integra las «Escenas Mexicanas», crónicas sobre su estancia en ese país; sintetiza en una frase el vínculo que establece entre dignidad, libertad (que asocia a independencia de la Isla) y bienestar: «La felicidad tiene garantía sólida en el concepto de independencia y dignidad humana» (Martí, 1991, p. 222). En el ensayo «Guatemala», publicado en México en 1878, en el periódico *El siglo XIX*, discurre sobre su estancia en ese país, y escribe: «La dignidad es como la esponja: se le oprime, pero conserva siempre su fuerza de tensión. La dignidad nunca muere» (Martí, 2010, p. 266). En el encuentro con los emigrados cubanos en Nueva York el 24 de enero de 1880, en el salón Steck Hall, publicado al mes siguiente como «Asuntos Cubanos», una de las ideas sobre las que diserta es la condición de explotación colonial a la que España somete a la Isla, que suscita que «la dignidad vive ofendida, la vida amenazada, la riqueza cohibida o impedida (...)». Razona que la dignidad está en la naturaleza humana que es «por esencia noble» (Martí, 2010, p. 139).

El citado Pita señala que en Martí «el grado máximo de la condición humana coincide con el grado máximo de realización de la dignidad. La dignidad humana es (para él) la completa realización de lo humano», y añade, asume «la dignidad plena del hombre, como la forma civilizada y culta de garantizar el equilibrio dentro del conjunto de las relaciones sociales y la plena emancipación humana» (2014, pp. 100, 102).

Referencias bibliográficas

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

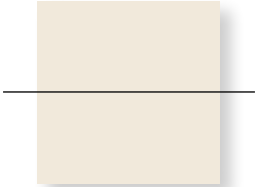
- Aristóteles, *La Política*, Nicolás Estévez (trad.), Casa Editorial Garnier Hermanos, París, 1920.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 10, 1991.
- Atienza, Manuel, «El fundamento de los derechos humanos: ¿dignidad o autonomía?», *Revista Cubana de Derecho*, vol. 1, no. 1, 2021, pp. 9-35.
- Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, 2ª ed., UNAM, México, 1993.
- Bobbio, Norberto y Michelangelo Bovero, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, José F. Fernández Santillán (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Editorial Debate, Madrid, 1993.
- Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Pedro Aragón Rincón (trad.), Barcelona, Editorial Paidós, 1993.
- Comanducci, Paolo, «Formas de (neo) constitucionalismo: un reconocimiento metateórico», *Isonomia*, no. 16, abril 2002, pp. 89-112.
- De Carreras, Francesc, «El Estado de Derecho como sistema», *Cuadernos y Debates*, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- De Castro Cid, Benito, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993.
- Díaz Revorio, Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., Taurus Ediciones, S.A., Madrid, 1981.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.
- Fernández Segado, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992.
- Ferrari Yaunner, Majela, «La ponderación como expresión del componente axiológico del derecho», en Virginia de Carvalho Leal, Andry Matilla Correa y María Lucía Barbosa (coords.),

- El derecho público en perspectiva, medio ambiente, política y sociedad*, Editora RTM, Belo Horizonte, 2018.
- Freixes Sanjuán, Teresa y José Carlos Remotti Carbonell, «Los valores y principios en la interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, No. 35, mayo-agosto 1992, pp. 97-100.
- Fronidizi, Risieri, ¿Qué son los valores?, Fondo de Cultura Económica, México, 1968.
- García Moreno, Francisco. «El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a lo largo de la historia filosófica», *El Buho. Revista electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía*, no. 1, 2003,
- García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, Alianza universal textos, Madrid, 1984.
- González Monzón, Alejandro, *El juez y el Derecho. El Derecho por principios y la ponderación judicial*, UniAcademia Leyer, Bogotá, 2020.
- González Vicén, Felipe, «Del Derecho natural al positivismo jurídico», en *De Kant a Marx (Estudio de historia de las ideas)*, Valencia, Ed. Fernando Torres, 1984.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Editorial Fontamara, México, 2001.
- Guastini, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Madrid, 2008.
- Guzmán Hernández, Teodoro Yan, «La dignidad como ‘Ley primera de nuestra República’ y ‘con todos y para el bien de todos’: dos deberes dialécticos desde la axiología martiana en la Constitución cubana», *Revista del Derecho del Estado*, no. 34, enero-junio 2015, pp. 127-151.
- Häberle, Peter, *Retos del Estado constitucional*, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, no. 47, México, 2001.
- Informe del secretario general de Naciones Unidas, «El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos», Consejo de Seguridad, 3 de agosto de 2004, S/2004/616, disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/2004/616>

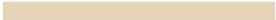
- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, José Mardomingo (trad.), Editorial Ariel, Barcelona, 1996.
- Kelsen, Hans, «Los juicios de valor en la Ciencia», en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires.
- Kolakowski, Lezer, *La filosofía positivista*, Madrid, Editorial Cátedra, 1979.
- Leguina Villa, Jesús, «Principios generales del derecho y Constitución», *Revista de Administración Pública*, no. 114, septiembre-diciembre 1987, pp. 7-37.
- López Camera, Francisco, *Origen y evolución del liberalismo europeo*, UNAM, México, 1971.
- Martí, José, «Con todos, y para el bien de todos», en *Obras Escogidas*, vol. III., Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1992.
- Martí, José, *Obras Completas*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, t. 6, 1991,
- Martí, José, *Obras Completas. Edición crítica*, Centro de Estudios Martianos, Casa de las Américas, La Habana, t. 5 y 6, 2010.
- Parejo Alfonso, Luciano, *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 1990.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Editorial Dickinson, Colección Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1999.
- Peces-Barba, Gregorio, «Los valores superiores», *Anuario de Filosofía del Derecho*, no. 4, 1987, pp. 373-388.
- Pelè, Antonio, «Una aproximación al concepto de dignidad humana», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, no. 1, diciembre-enero 2004, pp. 9-13.
- Pita Simon, Vladimir, *Las categorías iusfilosóficas de justicia, libertad, igualdad y solidaridad en el discurso político-jurídico de José Martí*, tesis en opción al grado científico de doctor en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2014.
- Poscher, Ralf, «Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios», en Jan Sieckmann (Editor), *La teoría prin-*

- cipalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Pozzolo, Susana, «Un constitucionalismo ambiguo», en Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Madrid, 2009.
- Pozzolo, Susanna, «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. II, 1998.
- Prieto Sanchís, Luis, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Miguel Carbonell (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-IIJ -UNAM, Madrid, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- Ruyer, Raymond, *La filosofía del valor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- Saavedra López, Modesto, *Validez y justicia del Derecho. 12 lecciones de filosofía jurídica*, Grupo Editorial Mariel, México, 2012.
- Smitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1992.
- Sismode de Sismondi, J. C. L., *Estudios sobre la Constitución de los pueblos libres*, (trad. José Amador de los Ríos), Álvarez y Compañía, Madrid, 1843.
- Smend, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humboldt, München, Leipzig, 1928.
- Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. De los orígenes a la Baja Edad Media*, Alianza Editorial, España, 1981.
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen, «Persona, derechos inherentes a la personalidad y dignidad humana: una tríada inseparable», en Leonardo Pérez Gallardo, *Constitución y derechos de la personalidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022.
- Vericat, José, «El iusnaturalismo», en María Victòria Camps i Cervera», *Historia de la Ética*, vol. 2, Editores Crítica, España, 1999.
- Vilas Nogueira, José, «Los valores superiores del ordenamiento jurídico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, no. 12, septiembre-diciembre 1984, pp. 87-102.

- Villabella Armengol, Carlos Manuel, «La axiología jurídica y el plexo de valores en la Constitución cubana», *Revista Jurídica*, año 4, no. 8, julio-diciembre 2003, pp. 54-70.
- Von Mohl, Robert, *Estado de derecho: Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, Editorial Siglo XXI, UNAM, ITAM, México, 2002.
- Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, Editorial Aguilar, Madrid, 1971.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), Editorial Trotta, Madrid, 2003.



2.- SISTEMA POLÍTICO Y ESTADO SOCIALISTA DE DERECHO EN CUBA



VLADIMIR PITA SIMON, JULIO EDUARDO AVILA PÉREZ Y VIOLETA ROSA
MEJÍAS ROJAS

I.- Introducción

El de Sistema Político es uno de los conceptos principales de las Ciencias Políticas del Siglo XX que ha jugado un papel fundamental en el desarrollo del análisis de la complejidad sociopolítica en diversos contextos. En la actualidad cubana su uso está marcado por las especificidades que afloran desde un fondo histórico único en el hemisferio occidental, y los retos que imponen las profundas reformas a las que está abocado el país, transformaciones que requieren de un conjunto de toma de decisiones que pondrán a prueba la funcionalidad democrática de los elementos del propio sistema político. Por su parte, la idea del límite legítimo al poder estatal que representa el Estado de Derecho ha funcionado como un principio meta-organizador del Sistema Político, y como una esencial garantía del paulatino proceso de democratización experimentado por este a lo largo de la modernidad¹.

¹ El no reconocimiento del mismo por los sistemas políticos comunistas del siglo XX responde a las características de las estructuras de poder asumidas por estos regímenes encuadrados dentro del concepto de socialismo real.

La singularidad del sistema político cubano va más allá de sus características más visibles: monopartidismo, participación política ciudadana directa en algunos casos y otra mediada por instituciones de carácter civil y/o políticos, elección indirecta de los principales cargos públicos, procesos electorales sin presentación por parte de los candidatos de programa político alguno ni campaña publicitaria que promueva al voto individual, integración automática del ciudadano en las principales organizaciones sociopolíticas del país (organizaciones de masas), posición con rango constitucional del partido único como «fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado»², a partir de lo cual tutela la integración y funcionamiento de los principales órganos, organismos e instituciones del Estado, pero también de parte de la sociedad civil.

La Constitución cubana de 2019 representa un momento fundamental en el proceso de transformaciones que experimenta el modelo socialista en este país³.

La introducción en la Constitución de la República de Cuba del concepto de Estado Socialista de Derecho marca un cambio significativo en lo normativo que señala una modificación pro-

² Artículo 5 de la Constitución de la República de Cuba.

³ La actual Constitución de la República de Cuba se fue promulgada el 10 de abril del 2019 por la Asamblea Nacional del Poder Popular y sometida previamente a referéndum popular realizado el 24 de febrero del propio año, donde se pronunciaron a favor del nuevo texto el 86,85% de los participantes. La aprobación de la nueva constitución cubana estuvo precedida de un amplio debate del anteproyecto elaborado por una Comisión de la ya nombrada Asamblea. En el proceso de consulta del proyecto constitucional cubano se desarrollaron Según datos oficiales, durante el proceso de consulta se realizaron 133.681 reuniones, 79.947 de la población, 45.452 en colectivos laborales, 3.441 en zonas rurales, 1.585 en universidades, 3.256 de estudiantes secundarios. Se realizaron 1.706.872 intervenciones, de las propuestas realizadas 783.174 fueron de residentes en Cuba (666.995 modificaciones, 32.149 adiciones, 45.548 eliminaciones, 38.482 dudas) y 2.125 de cubanos residentes en el exterior (1.150 modificaciones, 350 adiciones, 406 eliminaciones, 219 dudas). Los temas más abordados fueron los del matrimonio igualitario, la elección directa del presidente de la República, la designación de los gobernadores provinciales, los contenidos de diferentes derechos ciudadanos, entre otros. *Juventud Rebelde*, 22 de diciembre de 2018. Recuperado de: <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2018-12-22/resultados-del-proceso-de-consulta-popular>

funda de paradigmas, que responde a las demandas que genera el proceso de modernización en curso, que responden a los crecientes retos que encara el sistema político cubano.

II.- El sistema político en la Revolución cubana

El actual sistema político cubano es resultado de la evolución histórica del proceso conocido como Revolución cubana, una experiencia que refleja de forma aguda el conjunto de contradicciones que caracterizaron a la Guerra Fría en el siglo XX, y en la que cristaliza una arquitectónica institucional que se muestra como síntesis del choque entre elementos propios de la modernidad política y las exigencias de soberanía nacional como principal horizonte de la nación insular. La realidad del embargo/bloqueo económico del gobierno de Estados Unidos, además de la larga dinámica confrontacional entre los dos países, es quizás el factor externo que mayor peso tiene en la configuración del sistema político cubano, determinándolo desde todas sus perspectivas.

El sistema político cubano se ha autodefinido como una forma superior de organización social característica de la transición al comunismo. Esta es la característica primaria que ubica al Sistema Político cubano dentro de la tipología que agrupaba al conjunto de países que en el siglo XX conformaron el bloque soviético. Esta afirmación se ha visto matizada a partir del derrumbe del campo socialista del este de Europa dándole un mayor espacio en el discurso oficial al nacionalismo. Lo anterior no disminuye la presencia de los caracteres que tipifican el modelo comunista ⁴.

⁴ El alto grado de hegemonía alcanzado por el grupo dirigente de la Revolución cubana, además del peso del mismo en las dinámicas descolonizadoras del tercer mundo como parte de la mencionada conflictividad geopolítica, no puede opacar el hecho de la configuración del entramado político cubano a partir de pautas autoritarias que encuentran su raíz no solo en la asunción del modelo institucional soviético, la experiencia cubana también es heredera de una arraigada cultura autoritaria que proviene de la naturaleza misma de la colonia antillana. Este elemento quizás sea el que estructuralmente se muestre actualmente con mayor evidencia ante las presiones de democratización que emergen desde una sociedad civil que expresa una creciente pluralidad y autonomía.

Las características preponderantes son:

- Existencia de partido único de selección de su militancia, que apoyado por su organización juvenil, constituye la «fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado» y traza las directrices estratégicas del sistema político. Esto determina la subordinación del conjunto de actores del Sistema Político a los objetivos estratégicos del Partido Comunista de Cuba.
- Sobredimensionamiento del aparato estatal y la regulación por este de los más diversos espacios de la esfera socioeconómica y política (estatalismo).
- Participación de las organizaciones de masas dentro del sistema político en un triple carácter: partidista, social y estatal.
- Integración de los órganos del Poder Popular, organizaciones políticas y sociales y de masas sobre la base de los niveles territoriales propios de la división político-administrativa: nacional, provincial y municipal.
- Desarrollo espaciado en el tiempo de mecanismos de participación popular encuadrado dentro de la arquitectónica institucional del sistema, que se traduce en un precario desarrollo de mecanismos de iniciativa y control popular sobre los principales elementos del sistema político.
- Canalización exclusiva de los procesos de legitimación a través de los espacios de participación convocados desde el Estado, el Partido y las Organizaciones de Masas, siendo estas últimas entes privilegiados por el reconocimiento y amparo estatal dentro de la sociedad civil, conformándose una esfera oficial que tiende a monopolizar las formas de estrategias de participación ciudadana.
- Declaración como principios fundamentales del sistema los de justicia social, independencia, soberanía y el monopartidismo.

Estas características han ido tomando cuerpo en un dilatado proceso que expresa en sus diversas etapas la correspondencia entre la institucionalización política y la correlación de fuerzas en la conflictividad política de la Revolución cubana.

La evolución del sistema Político de la Revolución cubana puede enmarcarse en cuatro etapas, muy marcadas por las dinámicas contextuales del proceso político que le sirve de referente. El recorrido por cada una de estas etapas permite desentrañar

la lógica interna de la arquitectura de la institucionalidad política cubana y la funcionalidad de la misma, en relación con las múltiples y complejas determinaciones que le han acompañado. Permite además comprender las potencialidades de transformación del propio sistema político a partir de sus condicionantes genéticas.

La primera etapa abarca desde enero de 1959 hasta el Primer Congreso del Partido en 1975; la segunda tendría inicio en la Constitución de 1976 y su cierre con el IV Congreso en 1991; teniendo en la celebración del III Congreso del Partido y el inicio del proceso de rectificación de errores y tendencias negativas; una tercera etapa se abre a partir de la Reforma Constitucional de 1992 llega hasta la aprobación de la Constitución de la República de Cuba del año 2019 ⁵; y por último, una cuarta etapa que se configura en la actualidad y donde se perciben las líneas maestras que pautarán las principales modificaciones del sistema político hacia el futuro ⁶.

La primera etapa (1959-1975) se configura en el contexto de enfrentamientos clasistas y geopolíticos que desencadenó la implementación de cambios sociales y económicos radicales que desembocaron en la asunción del modelo soviético como estrategia de desarrollo ⁷, además de decisión geoestratégica, siempre amalgamado con contenidos soberanistas y populares históricos en la isla.

⁵ La tercera etapa puede subdividirse, a su vez, en tres momentos fundamentales: el periodo especial (década de los noventa con el fragor de la batalla económica y su impacto en materia socioeconómica y política); la Batalla de Ideas (años 2000, el intento de atenuar el impacto social de las medidas económicas adoptadas durante la década anterior) y el que se abre a partir del VI Congreso del PCC, con la aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social y las consecuentes medidas para su instrumentación.

⁶ Desde el campo económico se han sostenido periodizaciones semejantes a la propuesta. «Al analizar las modalidades ensayadas en la trayectoria y gestión económica en Cuba, se pueden identificar tres periodos a partir del triunfo revolucionario: de 1959 a 1975, entre 1976 y 1989, y de 1990 hasta nuestros días» (Díaz Vázquez, 2011, p.123).

⁷ El restablecimiento de las relaciones diplomáticas con la URSS influyó de manera notable en la supervivencia del sistema político, y marcó profundamente las características del mismo.

Una de las características más llamativas del período es la creación de mecanismos directos para su participación de las masas en los diferentes procesos de transformación de la sociedad, siempre articulados en torno al peso del liderazgo carismático de Fidel Castro, figura que se convierte en el eje movilizador del conjunto.

La etapa está marcada por el desmontaje de las estructuras políticas que sustentaban el régimen republicano anterior y el establecimiento del nuevo orden socialista, que se manifestó en todo momento a través de una notable producción jurídica, que asumía el papel de elemento formalizador de las transformaciones, rompiendo con el Estado de Derecho típico de evolución política occidental del siglo XX. Se verifica un abandono del constitucionalismo occidental, la Ley Fundamental de la República no logra convertirse en la norma organizadora a nivel orgánico y funcional del nuevo ordenamiento jurídico, brindando un marco de legitimación a las transformaciones normativas pero perdiendo eficacia en cuanto norma jurídica.

Uno de los principales objetivos del naciente sistema político era la superación del carácter subdesarrollado de la economía cubana, y la transformación de la base productiva del país⁸. El rápido agotamiento de una vía autóctona de desarrollo económico fue lo que determinó que desde finales de la década del 60 se verificara una rápida adopción de las líneas de trabajo del modelo soviético. Se establece entonces una de las contradicciones esenciales del sistema político cubano que está relacionada con la relación entre las estructuras políticas y la base económica la sociedad, y de cómo esto afecta la sostenibilidad de las políticas de justicia social, que han estado acompañadas de extensas gratuidades.

⁸ Las vías para lograr este objetivo motivaron un intenso debate entre Carlos Rafael RODRÍGUEZ y Ernesto CHE GUEVARA, entre el Cálculo Económico y el Sistema Presupuestario de la Economía, donde no solo estaba en el ruedo la gestión económica, sino la influencia de las relaciones que se establecen en el proceso productivo en el sistema político que se construía, y en su garantía de triunfo: el surgimiento del hombre nuevo. (Martínez Heredia, 1989); (Tablada, 1987).

En la esfera institucional el Estado ocupó el centro indiscutido. La ciudadanía encontró en este un ente mediador casi omnipresente. Esta situación afectó el ejercicio de la acción propositiva y de control de la ciudadanía sobre el aparato estatal y el resto de los elementos del sistema, a la par que alentó el reforzamiento de la burocracia y el formalismo dentro del sistema político⁹.

La segunda etapa (1976-1991) está profundamente marcada por los acuerdos del I Congreso del Partido Comunista de Cuba¹⁰. En el Congreso discutió las transformaciones del sistema político, que luego fueron consagradas en la Carta Magna, o en normativas de menor rango, y se insertaron en la praxis política de la sociedad. Entre ellas destaca: la relación entre el PCC y el resto de los elementos del sistema, la política de promoción de cuadros en las diferentes instancias de la sociedad, el papel del Partido en los centros laborales, la nueva división político-administrativa, el proceso de creación de los órganos del Poder Popular y la participación de las organizaciones de masas y sociales en el mismo; entre otras cuestiones¹¹.

⁹ En este período, la ausencia de elecciones para los cargos públicos fundamentales se justificó en la necesidad de unidad de las fuerzas revolucionarias ante la agresión constante de los Estados Unidos, la concentración del Estado en las tareas de desarrollo económico del país, y la existencia de manifestaciones de democracia directa que ratificaban periódicamente a los poderes constituidos. En este contexto, tomó cuerpo el sistema de organizaciones de masas que integraron al sistema político cubano y lo singularizaron, con respecto a otras experiencias en la construcción del socialismo. Algunas de ellas eran de nueva creación [Comités de Defensa de la Revolución (CDR), Federación de Mujeres Cubanas (FMC), Unión de Pioneros de Cuba (UPC), Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media (FEEM) y Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP)], otras reestructuradas [Federación Estudiantil Universitaria (FEU) y Central de Trabajadores de Cuba (CTC)].

¹⁰ Incluso el anteproyecto constitucional fue redactado por una comisión mixta del Partido y el Estado, que sería aprobado en primera instancia por el referido congreso partidista. Cfr. Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del P.C.C., de 22 de octubre de 1974 (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 13, de 23 de octubre de 1974) nombrando una Comisión Mixta del Partido y del Gobierno encargada de preparar y redactar el Anteproyecto de Constitución.

¹¹ El sistema altamente centralizado desde el ejecutivo contribuyó a la proliferación de normas jurídicas de menor rango, que muchas veces contrave-

La aprobación de la Constitución de 1976 la que marca el inicio de la nueva etapa de desarrollo del sistema político cubano. La concepción predominante del constituyente era que el magno texto solo «declaraba» lo ya logrado por el país, por tanto no poseía carácter constitutivo, pues la realidad se encontraba solo en el entramado de relaciones de la base económica, de la cual la Magna Ley solo era un reflejo¹². Esta idea evidenciaba la ruptura con el constitucionalismo occidental, y la plena asunción como modelo del Derecho Constitucional soviético. El elemento característico de esta asunción es que la Constitución 1976 situó al Partido Comunista de Cuba como la fuerza dirigente de la sociedad y del Estado (artículo 5).

Algo similar ocurría con la predominante concepción instrumental sobre el Derecho, el cual en medio de las «necesidades de agilidad en tiempos de revolución», era visto como una camisa de fuerza innecesaria. Era reducido este a instrumento normativo del Gobierno Revolucionario en la transformación de la realidad. Se presuponía que la sociedad había alcanzado un estadio superior, y por tanto, no requería la presencia de mecanismos jurídicos para su regulación. Como consecuencia, no solo la invocación por parte de los operadores del derecho a la Ley Primera fue escasa, sino que el conocimiento jurídico de la ciudadanía declinó sustancialmente.

nían los presupuestos enunciados por normativas superiores, lo cual generó una dispersión legislativa de grandes proporciones y falta de organicidad y coherencia dentro del ordenamiento jurídico. A la par del reordenamiento de la economía con la implantación del nuevo sistema de Dirección y Planificación, se creó el sistema único de tribunales y la elaboración de importantes normativas para el ordenamiento jurídico del país, como la Ley de procedimiento Penal, el Código de Familia, Ley de Organización del Sistema Judicial, entre otras; muchas de ellas sometidas a discusión mediante las estructuras de las organizaciones de masas y sociales.

- 12 «La Constitución que hoy ponemos en vigor, por el contrario, consolida jurídicamente lo ya logrado por la Revolución y norma, en correspondencia con las nuevas relaciones económicas, políticas y sociales imperantes en nuestro país, los objetivos planteados en la construcción del socialismo y del comunismo. Lo que se plantea en nuestra Constitución se corresponde con una realidad ya existente. Cada derecho que proclama es un derecho garantizado por la realidad económica, política y social del país.» (Castro Ruz, 1976, p. 111).

La creación de los órganos del Poder Popular constituyó la principal base sobre la que se institucionalizó el sistema político, y desde él se definieron las vías de acceso al poder político, así como las funciones y atribuciones de los órganos del Estado. En la práctica estas estructuras no pudieron evadir el centralismo y el verticalismo en la toma de decisiones, lo que marco profundamente las pautas de participación de la ciudadanía.

El texto constitucional situó a la Asamblea Nacional como máxima instancia de poder, con potestad legislativa y constituyente. Se estableció, además, la existencia de un Consejo de Estado, electo por la Asamblea Nacional, a la cual representa entre uno y otro período de sesiones. Un Consejo de Ministros y su Comité Ejecutivo, máximo órgano ejecutivo y administrativo, y un Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, con amplias atribuciones. En cuanto a las relaciones que se establecen entre los órganos mencionados, se estipuló la preeminencia de la Asamblea Nacional, quien elegía, revocaba y controlaba a los anteriores, además de poseer la capacidad de derogar las normas jurídicas elaboradas por ellos¹³.

El diseño institucional del sistema político cubano instaurado en 1976 establece como principio central de funcionamiento del Estado a la unidad de poder o de acción política en aras de la construcción del socialismo y el comunismo (preámbulo, artículos 5, 6, 7, 8, 66). Este principio no solo se aplica al Estado, sino al resto de los elementos del sistema (PCC, UJC y organizaciones de masas y sociales), tanto en su funcionamiento interno como combinado, por lo que trasciende al conjunto institucional.

El final del periodo se ubica en el contexto de la desaparición del sistema comunista del este de Europa y de la Unión Soviética. En este contexto se celebra el IV Congreso del PCC que traza las líneas estratégicas de enfrentamiento a la cruenta coyuntura que se avecinaba.

La Tercera Etapa (1992-2019) estuvo marcada la desaparición de la URSS y la intensificación del conflicto con los Estados Unidos de Norteamérica, a lo que se sumó una profunda crisis

¹³ Cfr. G.O. No. 2 del 24 de febrero de 1976. Constitución de la República. Artículos, 73, 88, 91, 96.

económica que determinó de manera negativa las expectativas de desarrollo del país. El hecho que da inicio a la nueva etapa es la reforma constitucional de 1992¹⁴. La reforma estuvo orientada garantizar la supervivencia del sistema en un contexto que fue equiparado a una situación de guerra, el «Periodo Especial en tiempo de paz»¹⁵. Por ello no sorprende la prioridad brindada a los cambios en el ámbito económico que permitieran al país insertarse en la economía mundial, que incluían la adopción de fórmulas de producción y asociación propias de la economía capitalista.

Se realizaron cambios que permitieron mayores grados de participación popular en el sistema político. Se llevó a cabo una ampliación de las bases sociales de los elementos fundamentales del sistema, evidencia de ello fue el abandono en el discurso institucional del término «dictadura del proletariado»¹⁶.

Por su parte, el Partido Comunista de Cuba pasó de ser la vanguardia organizada de la «clase obrera» en 1976 a vanguardia organizada de la «nación cubana» en 1992, lo que implica un cambio semántico que replanteaba las misiones y alcances de la organización, pues tiende a colocar al proyecto de nación por encima de los intereses clasistas para los cuales fue creado. Esta organización en 1992 es redefinida como la fuerza dirigente «superior» de la sociedad y del Estado, lo cual tiene implícito

¹⁴ En la misma se resuelven un conjunto de lagunas y problemas de carácter práctico generados por la Constitución de 1976, sobre todo en lo referente a cuestiones económicas, por la rigidez en materia de propiedad que inhibía, por ejemplo, el desarrollo de la inversión extranjera. En este sentido la propiedad socialista se acota a los medios fundamentales de producción, con lo cual se abre la posibilidad a otros entes de tener propiedad sobre medios de producción. Cfr. Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976 reformada en 1978 y 1992. G.O.E. No. 7 de 1 de agosto de 1992.

¹⁵ En este periodo«(...) el descenso acumulado del Producto Interno Bruto (PIB) superó el 35% y la capacidad importadora del país decreció en 88%.» (Díaz Vázquez 2011 p. 127).

¹⁶ Cfr. Guanche, Julio César: *Estado, participación y representación política en Cuba. Diseño institucional y práctica política tras la Reforma Constitucional de 1992*. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2013. Disponible en www.biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20140217102213/guanche.pdf, p. 122.

la existencia de otras fuerzas dirigentes, que en la Ley anterior subsumía el propio Partido, con lo que da lugar a la idea del reconocimiento de la complejidad de las relaciones intraestatales, y del Estado con la sociedad civil¹⁷.

La pérdida de la capacidad del Estado como proveedor exclusivo de los elementos básicos que garantizan la reproducción de la vida social a causa de la profundidad de la crisis económica generó la ruptura de la homogeneidad igualitaria lograda en etapas anteriores, esto se tradujo en la eclosión de procesos de intensificación de la estratificación social, la desigualdad, y la emergencia del pluralismo a través del surgimiento de nuevos grupos y sujetos.

Con la presidencia del de los Consejos de Estado y de Ministros del General de Ejército Raúl Castro, desde inicios de 2008, se profundizó la implementación de conjunto de transformaciones que se orientaban fundamentalmente a la reanimación de la economía nacional. Pero es con la asunción de la presidencia de la República por Miguel Mario Díaz-Canel Bermúdez que se experimenta un aumento de las expectativas con respecto a la profundización del proceso de reformas económicas y sociales.

El proceso de aceleramiento de las reformas coincidió con una breve distensión en las relaciones Cuba-EE.UU, donde se buscó en el segundo período presidencial de Barack Obama la normalización de las relaciones entre los dos países. Este momento se vio roto con la asunción de la presidencia de los Estados Unidos de América por Donald Trump, lo que marcó el regreso al espíritu de la Guerra Fría entre ambos países. Situación no superada tras la asunción de Joseph Robinette Biden, Jr. como presidente de los EE.UU.

La cuarta etapa (2019-actualidad) tiene marcado su comienzo en la aprobación de la Constitución de la República de Cuba

¹⁷ Otra transformación importante se produjo en relación al ámbito religioso, hasta ese momento concebido como un rezago del capitalismo, contrapuesto al ateísmo científico. Se instituyó, en este sentido, el carácter laico del Estado y la prohibición de discriminación por creencias religiosas, con lo cual se produjo la entrada al ente con poder político público, de un conjunto de valores y creencias que estaban presentes en la sociedad, pero se desarrollaban al margen de la política institucionalizada.

del 2019. Se caracteriza por el inicio de un período de singular agudización de la crisis multinivel sufrida por la isla. Factores externos e internos confluyeron en este nuevo contexto donde se mantuvieron fallas estructurales del sistema, una sostenida radicalización de las posiciones beligerantes de los Estados Unidos dentro de su estrategia de asfixia económica del país, y el comienzo de la pandemia del COVID-19, que tensaría de forma aguda todos los mecanismos tradicionales de supervivencia del gobierno cubano¹⁸.

Esta confluencia crítica tuvo un grave impacto en una población afectada por años de carestías económicas, a la par que se verifica un recambio generacional que impone nuevas formas culturales que modifican la circulación y aceptación de los códigos tradicionales de la política en la isla.

La asunción de medidas gubernamentales tendentes a sortear la situación, pero con altos costes sociales, como la dolarización parcial de la economía, y el proceso del llamado «ordenamiento monetario», remarcó la falta de una estructura económica capaz de amparar los crecientes derechos sociales auspiciados por el gobierno revolucionario, que ahora se verían seriamente afectados por una dinámica de reformas diseñada desde presupuestos fuertemente neoclásicos, que entraron en conflicto con la coordenadas socialistas de la realidad cubana.

La aparición de la hiperinflación, junto a la expansión descontrolada del mercado negro y de los sectores informales de

¹⁸ La crisis cubana se desarrolla en el contrapunteo de procesos internos y externos. La forma de implementación de las reformas, sus tiempos de concreción, los límites en a la hora de reflejar y solucionar las deformaciones estructurales del modelo, así como el agotamiento paulatino de las repuestas del gobierno a una crisis sostenida y profundizada desde la década los noventa es lo que ha marcado la transición a una cuarta etapa en ciernes, donde las contradicciones intrasistémicas se expresan con mayor agudeza y determinan el cambio sustancial que se opera en la relación sociedad civil-sociedad política. A lo anterior se debe sumar el aislamiento que ha sufrido los Estados Unidos en su política hacia Cuba desde 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba año tras año, una resolución respaldada por la casi totalidad de los países, en contra el embargo contra Cuba, lo que no se ha traducido en una real distensión del conflicto bilateral a excepción del corto período final de la administración Obama.

la economía, han creado las condiciones para el crecimiento exponencial del fenómeno migratorio, añadiendo tensiones al sistema, especialmente por lo que representa en la pérdida de un capital humano fundamental en cualquier escenario de recuperación económica.

La Constitución de la República de Cuba del 2019 se aprueba en medio de urgentes necesidades reformas socioeconómicas a la vez que se verificaba un cambio en los principales puestos decisores del Estado. Sin embargo las transformaciones institucionales que trajo el nuevo texto no implicó necesariamente una renovación en las formas de gestión de la política doméstica, especialmente frente a la entrada en el escenario público de sujetos provenientes de las nuevas generaciones mayoritariamente no comprometidas con el imaginario que caracterizó a la Revolución hasta los años 90 del siglo XX. El texto constitucional manifiesta esta contradicción al mantener en gran medida las formas jurídico-políticas de participación ciudadana y de ejercicio del poder sociopolítico, impidiendo la gestión adecuada de las nuevas demandas, especialmente con el surgimiento de identidades que se manifiestan en lo político a partir de una creciente diversidad ideológica¹⁹.

Este contexto de crisis múltiple trae los costes propios que estas coyunturas acarrearán a los soportes de legitimidad del Estado. La gran cercanía a los presupuestos del modelo soviético

¹⁹ Es de destacar dentro del proceso de reforma constitucional el poco peso que tiene el desarrollo de la institucionalidad del Poder Popular, eje fundamental del sistema político cubano que posee un alto potencial democratizador. Se subraya el término puesta en práctica, pues la concepción del sistema político cubano tiene su eje fundamental en el Poder Popular, institución con un considerable potencial democratizador, especialmente a nivel vecinal y alrededor de la figura del Delegado. Además, llama la atención la prevalencia de formas indirectas de elección de las autoridades a nivel municipal, provincial y nacional, donde las candidaturas se deciden por las distintas comisiones creadas a cada nivel, teniendo como principio la no competitividad, por lo cual el listado de candidatos coincide con los cargos a elegir. Desde el punto de vista funcional, los mecanismos de control de la ciudadanía sobre el aparato estatal son exigüos y dependen generalmente de la voluntad de los gobernantes a cada instancia de ser transparentes e intercambiar con la ciudadanía, más que de su obligación constitucional de rendir cuentas sobre su gestión y responder adecuadamente sobre sus peticiones o quejas.

(supeditación del aparato del Estado y el resto de las fuerzas de la sociedad al partido único (de vanguardia); la mediación de la participación y reconocimiento de la sociedad civil por el aparato partidista; y la existencia de una praxis política de más de medio siglo fuertemente ritualizada, impone retos gigantescos a la gestión del sistema político²⁰.

Afortunadamente el artículo 99 de la nueva carta magna, abre las puertas a los ciudadanos para reclamar por vía judicial ante el actuar desmedido de la administración, pero la falta de ley de desarrollo del precepto, hace que en la práctica la situación se mantenga bloqueada.

Las acciones de protestas que se desarrollaron el 11 de julio del 2021 en varias localidades del país señalan los puntos de quiebre del sistema, remarcados estos por una tormenta perfecta generada a partir de la crisis multinivel ya esbozada más arriba. Estos hechos rompieron con un rasgo distintivo del sistema político cubano, que sería su capacidad para gestionar las demandas sociales sin que estas se expresen, a modo de reclamo, a través de manifestaciones, huelgas, u otro tipo de prácticas similares, comunes en la modernidad.

III.- El Estado Socialista de Derecho. A modo de conclusiones

A pesar de la universalidad alcanzada por el Estado de Derecho como institución del Derecho Constitucional contemporáneo, la introducción del mismo en la Constitución de la República de Cuba en el año 2019 ha representado uno de los elementos de mayor novedad del proceso reciente de reforma constitucional en la isla dada la relativa larga permanencia de la isla en el ámbito de los países del socialismo real²¹. Este elemento aparece como

²⁰ Mención aparte merece la persistencia de prácticas burocráticas a todos los niveles que laceran la funcionalidad del sistema político y administrativo, con la consabida afectación a las dinámicas de reproducción de los diversos procesos sociales y su desarrollo integral. La no consolidación de un espacio público impide la adecuada canalización de las crecientes demandas sociales y refuerza el surgimiento y crecimiento del fenómeno de la corrupción.

²¹ Se debe tener en cuenta el tratamiento que los sistemas políticos comunistas del siglo XX, y toda una tradición de pensamiento socialista ortodoxo, dieron a esta categoría, en contrapunto permanente con las concepciones de democracia que desde la izquierda tradicional se han manejado.

el modelo que permite la estructuración pública del conjunto de reformas, estableciendo un horizonte programático y unos límites al conjunto institucional del Estado y a su actuar.

La implementación en las sociedades comunistas del siglo XX de una institucionalidad que no reconocía la necesidad de grados de independencia de los poderes públicos, llegó a facilitar una creciente interferencia de la administración en lo privado. El amplio Estado social logrado en la práctica por estos países, apuntalado en una amplísima red de prestaciones a la población, generalmente gratuitas, y refrendadas como derechos en la constitución de cada uno de ellos, apoyaba la idea de una profunda intervención estatal en todas las esferas sociales.

La persistencia de la visión de la constitución como un elemento programático del conjunto del ordenamiento jurídico no permitía que se consolidaran reales garantías a estos derechos. Por ende, la ausencia de un efectivo control de la constitucionalidad de la ley era la consecuencia lógica del no reconocimiento del estatus de fuente suprema a la constitución y de la posición y función de los tribunales dentro del conjunto institucional.

El principio de legalidad socialista se mostró insuficiente en la sustitución del Estado de Derecho como principio meta-organizador del sistema. La legalidad socialista padeció de una excesiva instrumentación desde el predominio de lo procesal, alejado de criterios que garantizaban los contenidos de justicia proclamados desde lo político. En la práctica, esta implementación del principio dificultó su funcionabilidad normativa, aparejado a su insuficiencia como elemento efectivo de diseño de los mecanismos de control del poder estatal por la ciudadanía. En definitiva, predominó su arista legitimista de los órganos de poder del Estado y la administración pública²².

²² Esto muestra del camino alternativo que siguieron las instituciones en el socialismo real, separándose de la corriente principal de evolución que caracteriza a la modernidad, a saber, la creciente juridificación del conjunto de las relaciones sociales, la racionalización del todo social mediante su sujeción al orden normativo emanado del Estado, y el sometimiento de este al mismo proceso. La subordinación de la esfera política a la jurídica encuentra su máxima expresión en el Estado constitucional de Derecho. En el socialismo

Otro asunto que se muestra como un impedimento para la aceptación del Estado de Derecho en el socialismo real se encuentra en la enorme dificultad que representó para el desarrollo de la democracia socialista la entronización de una casta burocrática que derivó en un verdadero despotismo burocrático. El freno a los procesos de socialización que impuso el monopolio del poder por parte de esta clase dirigente no permitió que los contenidos más avanzados del Estado de Derecho fueran desarrollados en la dirección de la radicalización democrática del conjunto de las relaciones sociales²³.

El papel del Derecho en el socialismo real quedó subordinado a la política del partido único. El principio de democracia socialista fue vaciado de su contenido al mediatizarse la voluntad general mediante mecanismos que garantizaban la supremacía de la clase burocrática. Los mecanismos de control propios del Derecho fueron dejados de lado a la vez que la política, vista exclusivamente como acción de la clase dominante, invadía todas las esferas de las relaciones sociales.

La ley se transformó en un instrumento de la voluntad de esta clase dominante, quedándose el contenido de justicia relegado por la lógica de la dominación. La conceptualización de la legalidad socialista como el cumplimiento estricto de la ley por parte de Estado, el conjunto de las organizaciones políticas y sociales y los ciudadanos, en el sentido señalado más arriba imposibilitó que este principio pudiera sustituir efectivamente

real la política mantuvo su supremacía sobre el conjunto de las esferas de la realidad social, por lo que pervivieron muchas de las condiciones propias de la premodernidad, lo que no permitió una eficaz constitucionalización de leyes que permitieran las normas jurídicas que limitaran al poder estatal a favor de la soberanía popular.

- ²³ Este déficit normativo de los ordenamientos jurídicos socialistas, y especialmente en el Derecho constitucional, es una consecuencia de la concepción del Derecho predominante en el socialismo real. La negación rotunda de la necesidad del Derecho en la transformación revolucionaria de la sociedad hacia el futuro comunista afectó profundamente la asunción de los contenidos democráticos propios de la tradición socialista internacional por parte de la dirigencia soviética, especialmente después de la muerte de Lenin en 1924 y la ascensión al poder por José Stalin.

al Estado de Derecho en la implementación de la democracia socialista²⁴.

Muchas de las vicisitudes presentadas por los sistemas políticos pertenecientes al socialismo real han estado presentes en la evolución política del sistema político cubano. Pero es importante destacar aquellas características particulares desarrolladas por el socialismo cubano que pueden explicar la posibilidad de la introducción del concepto de Estado de Derecho en la Constitución de la República de Cuba en el 2019, reformulado como Estado Socialista de Derecho, así como las particularidades de la reforma socialista en la isla que le dan al Derecho un papel central, a diferencia de otras experiencias.

La introducción del Estado de Derecho en la Constitución cubana del 2019, enunciado como Estado Socialista de Derecho, responde al imperativo de modernización de las instituciones tanto estatales como jurídicas de la isla, así como los presupuestos normativos generales del conjunto de relaciones sociales para garantizar un marco de seguridad jurídica al proceso de actualización del modelo económico y social; y puede verse como un intento de regreso a la línea evolutiva principal del Estado y el Derecho occidentales.

La globalización y la tendencia a la aparición de estructuras políticas y jurídicas transnacionales, a la par de la creciente interdependencia que esto conlleva, podrían ser las causas de esta reintroducción del Estado de Derecho en el texto constitucional cubano. Esto genera fuertes presiones en favor de acelerar el muy dilatado proceso de modernización del Estado y el Derecho que se opera en la isla. Cuba reconoce con su implementación el cambio contextual operado, además de profundas transformaciones sociales que desde la realidad doméstica hacen eclosionar nuevas demandas, necesidades, intereses y exigencias.

Esta reintroducción del Estado de Derecho lleva implícito el reconocimiento de las características que ha ostentado, pero

²⁴ El resultado de este estado de cosas fue la crisis institucional generalizada del socialismo real y su derrumbe a finales del siglo XX. Las pocas sociedades que persistieron en la vía socialista de desarrollo tuvieron que asumir profundas reformas.

llevando cada una de ellas a una cualidad que permita su funcionamiento dentro del marco de relaciones políticas singulares de la isla.

Lo anterior genera tensiones en su implementación a partir del choque de los presupuestos mínimos del Estado de Derecho y la lógica desde la que se ha estructurado la realidad política cubana proveniente de la experiencia del socialismo real. Cada uno de los elementos propios del Estado de Derecho es redefinido a partir del contexto de valores y fines prevalecientes en el sistema político cubano, pasando a ser los contenidos particulares de la institución del Estado Socialista de Derecho, formulación específica cubana que trata de adaptar concepciones características de la evolución de la política occidental del siglo XX a las necesidades de reforma del sistema socialista cubano sin violentar la naturaleza del mismo, tratando de brindar garantías suficientes que permitan un grado de reconexión de la isla con un entorno global que se muestra como fundamental para su supervivencia.

Quizás uno de los límites internos que mayor resistencia ofrezca a la implementación de este nuevo enfoque del diseño institucional y de los derechos humanos en Cuba sea la fuerte persistencia dentro de la cultura jurídica y política de la isla de un enfoque predominantemente colectivista de la finalidad y esencia de lo social, en detrimento de una justa ponderación de lo individual en la configuración de una esfera de actuación ciudadana de relativa eficacia. Esta disolución relativa de lo individual permea el conjunto institucional desde lo económico hasta lo propiamente político.

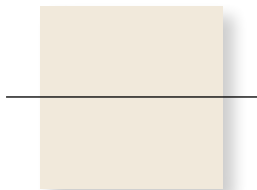
No hay que desconocer los desafíos que para el conjunto del ordenamiento jurídico cubano representa la incorporación del Estado Socialista de Derecho. Las tensiones que plantea deben solucionarse no sin contradicciones en el proceso de modernización del socialismo cubano. Sin duda la pauta que guiará este proceso será la tendencia general a la democratización que se muestra como la característica universal de nuestra época. La forma en que se exprese esta tendencia en Cuba dependerá de múltiples factores donde los internos al sistema serán los de mayor peso.

Pero es innegable que el Estado Socialista de Derecho posee una potencialidad programática al señalar un horizonte de posibilidades de realización del ordenamiento jurídico y del sistema político en el contexto de una reforma del socialismo cubano. Quizás dentro del esquema propuesto por la Constitución del 2019 el objetivo más ambicioso sea el del logro de una efectiva democracia socialista que permita el pluralismo, potencie la participación, y evite la repetición de la lógica autocrática que afectó a los sistemas comunistas del pasado siglo.

Referencias bibliográficas

- Alexandrov, N.G. y otros. Teoría del Estado y del Derecho. México: Editorial Grijalbo S.A., 1962
- Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del P.C.C., de 22 de octubre de 1974 (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 13, de 23 de octubre de 1974) nombrando una Comisión Mixta del Partido y del Gobierno encargada de preparar y redactar el Anteproyecto de Constitución.
- Carrillo García, Yoel, y Walter Mondelo García. «El marxismo jurídico en Cuba. Del voluntarismo ontológico al positivismo ideológico.» En El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío., de VV.AA. La Habana: Editorial UH, 2001
- Castro Ruz, Raúl: Discurso pronunciado en el acto de la proclamación de la Constitución, celebrado en el Teatro Carlos Marx, de La Habana, el día 24 de febrero de 1976, en Revista Cubana de Derecho, año V, vol. 11, enero-junio de 1976
- Cole, G.D.H. Historia del pensamiento socialista. VI Comunismo y Socialdemocracia 1914-1931 Segunda parte. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1962.
- Dabin, Jean. Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Díaz Vázquez, Julio A.: «Un balance crítico sobre la economía cubana. Notas sobre dirección y gestión», en Temas No. 66 abril-junio de 2011
- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976 reformada en 1978 y 1992. GOE. No. 7 de 1 de agosto de 1992.

- García Cotarelo, Ramón, y Andrés De Blas Guerrero. Teoría del estado y de los Sistemas Políticos. T.I. Madrid: Editorial UNED, 1986.
- Guanche, Julio C. El Poder y el Proyecto. Un debate sobre el presente y futuro de la Revolución Cubana. Santiago de Cuba: Editorial Oriente, 2009. Guanche, Julio C. Estado, participación y representación política en Cuba. Diseño institucional y práctica política tras la Reforma Constitucional de 1992. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2013. Guevara, Ernesto. Apuntes críticos a la Economía Política. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2006. —. Apuntes filosóficos. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2013. —. Retos de la transición socialista en Cuba (1961-1965). La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2012. Harnecker, Marta. Los conceptos elementales del materialismo histórico. México D.F.: Siglo veintiuno editores, s.a. de c.v., 1999. Hart Dávalos, Armando. Ética, cultura y política. La Habana: Centro de Estudios Martianos, 2006.
- Juventud Rebelde*, 22 de diciembre de 2018. Recuperado de: <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2018-12-22/resultados-del-proceso-de-consulta-popular>.
- Guanche, Julio César: *Estado, participación y representación política en Cuba. Diseño institucional y práctica política tras la Reforma Constitucional de 1992*. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2013. Disponible en www.biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20140217102213/guanche.pdf, p. 122.
- Martínez Heredia, Fernando, *Che: el socialismo y el comunismo*. Casa de las Américas, La Habana, 1989
- Tablada, Carlos, *El Pensamiento Económico del Che*, Casa de las Américas, La Habana, 1987.
- Valdés García, Orlando. La Revolución Cubana. Premisas económicas y sociales. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2007. Valdés Paz, Juan. El Espacio y el Límite. Estudios sobre el Sistema Político Cubano. La Habana: Ruth Casa Editorial, 2009.



3.- LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CUBA



LUIS ALBERTO PÉREZ LLODY, JORGE OLIVER MONDELO TAMAYO Y DANIEL REYNA PARGA

I.- Palabras preliminares

En los fundamentos históricos de la Revolución Cubana, la justicia constitucional constituye una cualidad que pervive en el orden mismo de su legitimidad. Su valoración teórica, que denota caracteres especiales no ha sido, sin embargo, objeto principal de nuestra historiografía jurídica.

Por más de sesenta años, la existencia de la Nación ha estado signada por la revolución triunfante de enero de 1959. En ese lapso de tiempo, válido para la promoción de incontables indagaciones acerca de su impronta en todos los ámbitos del conocimiento, no se ha producido una sistematización lo suficientemente ordenada que desde la ciencia del Derecho explique en todo su calado, la relación entre Constitución y Administración de Justicia. Tal diagnóstico llama la atención porque su consecuencia más visible ha sido una carencia notable de estudios que aborden el justiprecio jurídico del periodo, sobre todo, que sobrevino al año 1959. Una demostración muy clara de tal situación es que no contamos hoy con una obra que sintetice todo el atractivo científico que su implicación transdisciplinaria puede expresar; aun y cuando es justo reconocer que el control

constitucional y la garantía de los derechos ha sido siempre cuestión de desvelo académico

En contraste, la práctica de nuestras instituciones judiciales da testimonio de mayor desarrollo, que hubo de alcanzar su punto más alto con la existencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, una de las más brillantes consecuencias de la Constitución de 1940. Tras espacios vacíos en su argumento y evolución hasta arribado el siglo XXI, la Constitución de 2019 y sus motivados entornos intelectuales volvió a colocar la cuestión de la justicia constitucional en el ecuador de la reflexión jurídica. Representó el retorno de la jurisdicción constitucional a partir de concebir un mecanismo para la garantía de los derechos; al tiempo que su incorporación reavivó los estudios de Derecho Procesal Constitucional y el desarrollo de proyectos internacionales con intención de contribuir a su mejor comprensión y articulación (Mondelo Tamayo, 2019).

En tal orden valdría la pena reconocer que el fondo del presente estudio, en su dimensión cognitiva, goza de una actualidad vital en los estudios sobre el Derecho y la comunidad política. La caracterización de la justicia constitucional cubana y sus más sobresalientes claves aquí tratadas tendrán, con absoluta certeza, implicaciones medulares en la defensa misma de la Nación; constituyendo esta una aportación desde Cuba a una obra colectiva resultado del Proyecto de Investigación Regional «La justicia constitucional en Centroamérica, Cuba y República Dominicana: una propuesta de integración», impulsado lúcidamente desde el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), de Nicaragua.

II.- Periodización de la justicia constitucional en Cuba

En todas las circunstancias de Cuba, y particularmente en la actual cuando somos testigos de un debate intelectual sin precedentes sobre nuestro futuro como Nación desde la interpretación jurídica, constituye una responsabilidad intelectual volver a los orígenes del pensamiento y las instituciones. En ese sentido, comprender las condiciones de la justicia constitucional en Cuba precisa de un acercamiento a las diferentes etapas que han caracterizado su evolución. Sólo de esta manera será posible

denotar sus principales regularidades y, sobre todo, los retos que establece el futuro más próximo.

Tal periodización comprende cinco momentos que, por sus características, se encuentran claramente delimitados en la historia nacional tras la inauguración de la República el 20 de mayo de 1902. Con anterioridad a esta fecha, el constitucionalismo que proviene de la insurrección contra el colonialismo español, pese a estar armado sobre una profunda vocación democrática, no aporta suficientes elementos que permitan asumirlo como antecedente. Sin embargo, del decimonónico cubano vale destacar los aportes que sí realiza el texto constitucional de Cádiz en 1812, de cuyas consecuencias la doctrina se encargó de sistematizar valiosos elementos presentes en los entornos de lo que hoy identificamos como justicia constitucional. (Ramos Quiroz, 2015)

ORIGEN Y DESARROLLO EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA (1901-1940).

La jurisdicción constitucional en Cuba inicia con la aprobación de la Constitución de 1901 (Lazcano y Mazón, 1952, pp. 547-585), en la que reconoce al Tribunal Supremo la facultad de decidir la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversia entre partes -artículo 83-. El sistema cubano es deudor del modelo norteamericano, tanto en el plano político como en la concepción del modelo de control constitucional. La Ley de 31 de marzo de 1903 del Recurso de Inconstitucionalidad, es la que desarrolla el procedimiento establecido por la Constitución (Ley de 31 de marzo de 1903, Del Recurso de Inconstitucionalidad, Gaceta Oficial de la República de Cuba, 1 de abril de 1903), es la primera de su tipo en Cuba.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES (1940-1959).

Producto de la emergencia de un nuevo sentido de lo nacional y lo social en el concierto de las relaciones políticas, la Constitución de 1940 va a condensar un trascendente resultado jurídico en la historia de la república en Cuba, gracias, sobre todo, a la labor de los partidos que nacen siendo portadores de la nueva articulación política producida como saldo de la década anterior. Además del nacionalismo exponencial, va a significar una apertura sin precedentes, al menos en lo formal, del consenso

en torno al sistema democrático burgués y a la salvaguarda de las conquistas sociales de los años treinta.

En los contenidos que entonces determinan la nueva institucionalidad del Estado se halla, con novedosa relevancia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. En su estructuración no gozó de independencia orgánica, sino que se constituyó como una sala dentro del Tribunal Supremo que fungía como garante de la Constitución¹. Esta es la primera experiencia de su tipo en el Continente, pues si bien es cuestionable la denominación de «tribunal», lo cierto es que representó un modelo que se extendió a otros países (Fernández Segado, 2002, p. 304). Tras nueve años de aprobada la Constitución que lo habilita, estuvo lista su Ley Orgánica (Ley No. 7, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 31 de mayo de 1949, Gaceta Oficial de la República de Cuba).

¹ Artículo 182. El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales es competente para conocer de los siguientes asuntos: a) Los recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes, Decretos-leyes, Decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos y garantías consignados en esta Constitución o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado. b) Las consultas de Jueces y Tribunales sobre la constitucionalidad de las Leyes, Decretos leyes y demás disposiciones que hayan de aplicar en juicio. c) Los recursos de habeas corpus por vía de apelación o cuando haya sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades o tribunales. d) La validez del procedimiento y de la reforma constitucional. e) Las cuestiones jurídico políticas y las de legislación social que la Constitución y la Ley sometan a su consideración. f) Los recursos contra los abusos de poder. Artículo 183. Pueden acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales sin necesidad de prestar fianza: a) El Presidente de la República, el Presidente y cada uno de los miembros del Consejo de Gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes y del Tribunal de Cuentas, los Gobernadores, Alcaldes y Concejales. b) Los Jueces y Tribunales. c) El Ministerio Fiscal. d) Las Universidades. e) Los organismos autónomos autorizados por la Constitución o la Ley. f) Toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional. Las personas no comprendidas en alguno de los incisos anteriores pueden acudir también al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, siempre que presten la fianza que la Ley señale. La Ley establecerá el modo de funcionar el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales y el procedimiento para sustanciar los recursos que ante el mismo se interpongan.

A poco de su instalación y funcionamiento, el golpe de Estado ocurrido el 10 de marzo de 1952 sobrevino como test de vitalidad y sometió a examen su compromiso con la legalidad y el orden nacional. Aquella fecha estableció consecuencias que marcaron los destinos de la Nación cubana; y lo fue a partir de dos perspectivas del análisis político: demostrando la fragilidad institucional del Estado reformado en 1940, víctima del autoritarismo del general Fulgencio Batista; y conformando un precedente negativo. Pese al uso de la revolución como término para justificar el gobierno *de facto* derivado, y encontrarse la vía institucional habilitada, para Batista no hubo otra alternativa que el secuestro de la Constitución, la ruptura del orden democrático y el establecimiento de una tiranía. Ello presupone, en primera instancia, una ruptura entre los actos del poder y la ley. (Pérez Llody, 2017, pp. 159 y ss)

La valoración de las resistencias que como consecuencia se van a producir, no es posible extraerla sin identificar las conductas que se manifiestan por vía de los planos jurídicos formales, lo cual remite a comprender las opciones estrictamente legales (vía judicial) entonces habilitadas y utilizadas para promover la anulación de la tiranía y consecuentemente restaurar el orden constitucional transgredido.

En esta coyuntura y en orden cronológico se ubica el recurso interpuesto por el Partido del Pueblo Cubano (Ortodoxos) el 17 de marzo por vía de «Denuncia Constitucional por la violación de no menos de 28 artículos de la Carta Magna»² a causa del golpe de Estado, ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Su contenido se limita a dos cuestiones fundamentales: el pretendido reconocimiento de nulidad contra los actos emanados del gobierno *de facto*, y la concesión de legitimidad a la resistencia política.

La desestimación del recurso de inconstitucionalidad por esta instancia, contribuyó a la conformación del primer orden

² A nombre de la dirección ortodoxa el recurso fue firmado por Roberto Agramonte y Pichardo, Emilio «Millo» Ochoa y Ochoa, Carlos Márquez Sterling, Pelayo Cuervo Navarro y Manuel Bisbé Alberni. Ver: De la Osa, Enrique, *En Cuba. Tercer tiempo (1952-1954)*, op. cit., p. 40.

de convalidación del poder *de facto* que antes se había iniciado con el proceso de juramentación de los Estatutos Constitucionales de 4 de abril de 1952 por parte del Poder Judicial de la república. Con la excepción de un magistrado de este tribunal que consideró en su voto particular la resistencia civil como un derecho natural y por tanto, imposible de desautorizar³, el resto consagró la quiebra de sus funciones favorables al control de la constitucionalidad en Cuba, por primera vez tras el 10 de marzo.

Poco después, el 1º de abril de 1953 se establece un nuevo recurso de inconstitucionalidad en acción pública y a nombre de más de 25 ciudadanos (en total 37), contra la Ley Constitucional de 4 de abril de 1952, la Ley-Decreto No. 24 de 24 de abril de 1952, la Ley-Decreto No. 105 de 2 de junio de 1952, y la Ley-Decreto No. 721 de 27 de febrero de 1953; interpuesto como No. 145 de 1953 y admitido por esta instancia judicial en votación unánime el 12 de mayo del mismo año⁴. Su argumentación se basó en los siguientes criterios: a). reconocimiento de plena vigencia a la Constitución de 1940; b). desconocimiento del juramento de la Ley Constitucional de 4 de abril de 1952 por el Tribunal Supremo; c). la infracción de 82 artículos de la Constitución de 1940 y el proceso subsiguiente de imposición de los Estatutos constituyen la base de la conformación de una tiranía, y de un gobierno *de facto*, golpista, militar, producto de una rebelión y no de una revolución; y d). la negación de un carácter jurídico a todos los actos emanados de la coyuntura originada el 10 de marzo de 1952 y la asignación de un carácter doloso y punible a la acción de sus ejecutores de acuerdo a las legislaciones de Defensa Social y Militar vigentes. Tales pronunciamientos alcanzan la completitud técnico-argumental

3 Se trata del voto particular emitido por el magistrado Manuel R. Zaldívar, «En Cuba», *Bohemia*, No. 2, 11 de enero de 1959, p. 118.

4 Zaydín y Márquez Sterling, Ramón, *et. al.*, *Recurso de Inconstitucionalidad establecido ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales por más de veinticinco ciudadanos contra la Ley Constitucional de 4 de abril de 1952, la Ley-Decreto No. 24 de 24 de abril de 1952, la Ley-Decreto No. 105 de 2 de junio de 1952, y la Ley-Decreto No. 721 de 27 de febrero de 1953*, [s.e.], La Habana, 1953.

del recurso y lo dotan, en su contexto, de la mayor significación jurídica y política.

El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales mediante la sentencia No. 127 de 17 de agosto de 1953, de la que actuó como ponente el magistrado Luis Enrique Cervo Rubio, declaró sin lugar el recurso de inconstitucionalidad. Este criterio reconoció entonces la constitución de un nuevo ordenamiento jurídico de lo cual substraer su capacidad formal de juzgar hechos de la naturaleza impugnada. No haber optado por declarar inconstitucional el acto del 10 de marzo y sus subsecuentes expresiones jurídicas, haciendo obligatoria su derogación, desconociendo su existencia y dando efecto retroactivo a su anulación, significó una ruptura en el creciente desarrollo que el control jurisdiccional de la constitucionalidad había experimentado en Cuba hasta ese momento (Matilla Correa, 2009, pp. 116-117), y al mismo tiempo determinó el fracaso definitivo de la resistencia legal.

REVOLUCIÓN EN EL PODER (1959-1973).

La Ley Fundamental de febrero de 1959 restauró en parte los contenidos de la Constitución de 1940 (Ley Fundamental de la República de 7 de febrero de 1959, 2006, pp. 40-113). La parte orgánica es la que mayor cantidad de modificaciones sufrió, a partir de las necesidades del Gobierno Revolucionario de adoptar un grupo de decisiones desde el ejecutivo, que con una estructura como la anterior le resultaba poco factible. Entre las instituciones que perviven estuvo el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, con una labor que, aunque constante, no aportó mayor significación a una historia que encuentra en el año 1973 su fin, cuando es formalmente eliminado.

Con la Ley 1250 de 23 de junio de 1973, de Organización del Sistema Judicial, terminó una etapa que Fernández Segado denominó como enriquecedora del control constitucional en Latinoamérica (Fernández Segado, 2002, pp. 321 y ss).

AUSENCIA (1973-2019)

La aprobación de la Constitución de 1976, como expresión de los logros y aspiraciones de la Revolución cubana, concibió un sistema de Partido único y un entramado institucional que

fortaleció el rol del Estado en todas las esferas de la vida económica, política y social del país. La salvaguarda de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales se separan del sistema judicial. El control constitucional recayó en el órgano legislativo y debió ser desarrollado en una ley que nunca fue aprobada (Rodríguez Fernández, 2018, p. 155.). La garantía de los derechos recayó en diversos órganos de la jurisdicción ordinaria y no judicial.

RETORNO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (2019–ACTUALIDAD)

El nuevo ciclo de la justicia constitucional en Cuba inició con la aprobación de la Constitución de la República de Cuba de 2019. En el texto se incorporó una garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales, lo que representó una novedad tras 46 años sin instituciones de este tipo en el país.

III.- Revolución y poder: el Estado socialista de Derecho

En el reconocimiento del proceso de creación jurídica que en sí mismo representa, el triunfo de la Revolución el 1º de enero de 1959 consagró en Cuba el Derecho de la revolución. Esto presupone una importante precisión: el dimensionamiento del factor tiempo fue equivalente, desde ese momento, a un periodo de provisionalidad: a través de 17 largos años tendría lugar el proceso de institucionalización.

Como punto culmen se encuentra la Constitución de 1976, primera de carácter socialista en el hemisferio occidental. No existe expresión más alta del interés de la Revolución que la Constitución Socialista (Mondelo García, 2018). De esta manera resalta que la Constitución es un fiel reflejo del poder político en el período revolucionario.

En esa misma ruta, la Constitución de 2019 representó un salto cualitativo en relación a su predecesora, aunque mantuvo invariable determinados aspectos de orden ideológico que transversaliza todo su texto.

El artículo 1 de la Constitución estableció que Cuba es un Estado Socialista de Derecho, término que por primera vez goza de reconocimiento constitucional y que, más allá de la expresión formal, significa una aspiración a alcanzar dentro del sistema cubano. Una variable importante en su estudio es que la pro-

pia Constitución estableció en su artículo 4 que el Socialismo es irrevocable⁵. En ese mismo sentido se orienta la cláusula de intangibilidad que establece en la parte dedicada a la Reforma constitucional, la imposibilidad de reformar los contenidos relativos a los pronunciamientos sobre la irrevocabilidad del sistema socialista establecido y la prohibición de negociar bajo las circunstancias previstas por el artículo 16, inciso a); el cual establece que Cuba no negociará en el plano internacional bajo agresión, amenaza o coerción.

La doctrina sobre el Estado de Derecho identifica varios elementos que conforman su núcleo, a saber, el imperio de la ley; la separación de poderes; el control judicial de los actos de la Administración Pública y un amplio catálogo de derechos fundamentales (Díaz, s/a, pp. 31-42). Asumidos estos criterios, se plantea un dilema en el caso cubano respecto a la posibilidad de establecer mecanismos de control sobre el ejercicio del poder, al negarse la teoría de la división de poderes sobre la base del criterio de «unidad de poder». Al respecto ha dicho Prieto Valdés:

«En las sociedades que se organizaron sobre la base de la unidad de poderes, se configuró una estructura estatal que rompió con los patrones de 1789, una nueva estructura y diseño que propició una supremacía del aparato legislativo (parlamentaria) respecto a los demás órganos que participan en el mecanismo de poder, como expresión real de la ausencia de división de poderes y la imposibilidad de equilibrio permanente entre ellos, sin los rejugos político-partidistas parlamentarios y no previéndose un control externo respecto a las facultades de los titulares del poder». (Prieto Valdés, 2009, pp. 460-461)

Esa primera constitución socialista estableció un sistema de partido único que se sostuvo hasta la aprobación de la nueva Constitución de 2019. Es un elemento fundamental en el diseño del sistema político cubano actual. El Partido en Cuba no nació con fines electorales, pues no interviene en la nominación de

⁵ La Constitución de 2019 mantiene esta fórmula que estableció originariamente la tercera reforma constitucional al texto de 1976. La Constitución de 2019, retoma este elemento como parte consustancial, ya no a la Constitución, sino a la defensa del proyecto nacional -socialista-.

candidatos, aunque nada obsta que, entre estos, muchos sean militantes del Partido. El artículo 5 constitucional plantea:

«El Partido Comunista de Cuba, único, martiano, fidelista, marxista y leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, sustentado en su carácter democrático y la permanente vinculación con el pueblo, es la fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado. Organiza y orienta los esfuerzos comunes en la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista. Trabaja por preservar y fortalecer la unidad patriótica de los cubanos y por desarrollar valores éticos, morales y cívicos».

La existencia de un único Partido ha derivado en la existencia de un estado fuerte y altamente centralizado, lo que se refleja en todos los órdenes de la vida económica y social, siendo la planificación el componente central de la dirección del desarrollo en esos dos sentidos. En Cuba rige entonces un sistema de economía centralmente planificada, con una tendencia en los últimos años a tolerar la existencia del mercado, a que formalmente se le establecen controles en función de los intereses colectivos.

Cuba es una República unitaria; territorialmente está dividida en provincias y estos en municipios -dos provincias tienen en su estructura otra demarcación territorial llamada distritos-. En el plano político, además de las referencias realizadas al Partido y el peso decisivo que tiene en la vida política del país (Bertot Triana, 2019, pp. 1027-1028), nos encontramos frente a las instituciones de gobierno que en su estructura son independientes del Partido, pero que en su función deben ser coherentes con las políticas partidistas.

La soberanía -como rasgo esencial del Estado- reside en el pueblo y es la fuente reconocida de todo el poder del Estado. En Cuba se ejerce directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado. Las estructuras del Poder Popular son una consecuencia del proceso de institucionalización de la Revolución en el poder entre los años 1959 y 1976 en el país. Fueron reconocidas en la Constitución de 1976 y en la Constitución de 2019 mantuvieron la misma concepción con algunos cambios estructurales.

La Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano legislativo y el único con potestad constituyente. Es el máximo órgano del poder del Estado. Se reúne dos veces en el año -alrededor de 5 días en los meses de julio y diciembre- aunque puede tener alguna sesión extraordinaria entre un periodo ordinario y otro. Cuenta con un órgano que la representa entre cada período ordinario, es el consejo de estado. El Presidente de la República es el Jefe del Estado y el Consejo de Ministros es el órgano ejecutivo-administrativo, con su Primer Ministro al frente. En esta estructura el Presidente de la República coincide en la misma persona del 1er. Secretario del Partido, elemento este que lo convierte en la una pieza clave en su funcionalidad orgánica.

IV.- La jurisdicción constitucional en la Constitución cubana de 2019. Especial referencia a la Ley 153/2022

Llegado a este punto en el análisis con justeza debe ser reconocido que, en su mayor riqueza, los contenidos sobre la justicia constitucional en Cuba se encuentran en la evolución de su vida republicana que abarca más de 120 años. Nuevos retos y una nueva historia han comenzado su decurso a partir del año 2019.

Cuando se realizó el diseño de la Constitución que en ese año fue refrendada, se estableció una garantía jurisdiccional de los derechos. En el capítulo VI Garantías de los derechos, del Título V Derechos, deberes y garantías, se incorporó una garantía jurisdiccional de los derechos, una novedad bien recibida por la academia y la práctica constitucional en el país. El artículo 99 reguló lo siguiente:

«La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por órganos del Estado, su directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización.»

«La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento.»

Una vez aprobada la Constitución de 2019 y ante la ausencia de la norma de desarrollo del artículo 99, el Tribunal Supremo Popular dictó la Instrucción 245 de 2019, mediante la cual implementa el procedimiento para llevarlo a efectos. Se haría efectivo a través de las salas de la jurisdicción ordinaria. Por primera vez, en muchos asuntos cuyos resultados impedían el acceso a la justicia, se podía presentar el correspondiente recurso ante la jurisdicción ordinaria.

A la aprobación de la Constitución de 2019 le siguió la concepción de un Cronograma Legislativo (2020), con una amplia agenda que proyectó las disposiciones normativas a elaborar por la Asamblea Nacional del Poder Popular en los años posteriores. La Ley 140 de 2021 De los Tribunales de Justicia (Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley 140 De los Tribunales de Justicia, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Número 137, Ordinaria, 2021) estableció las salas de Amparo de los Derechos Constitucionales, con el encargo de conocer los asuntos previstos por el artículo 99 constitucional. Se creó una sala en cada Tribunal Provincial Popular y en el Tribunal Supremo Popular, de modo que no es independiente de la estructura de la jurisdicción ordinaria. Al año siguiente, con la publicación de la Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 74 Ordinaria, de fecha 15 de julio de 2022, entró en vigor la Ley 153 del Proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales (Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley 153 del Proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Número 74, Ordinaria, 2022).

Este proceso nace como un instrumento de protección básicamente subjetiva de los derechos fundamentales, dirigido, por tanto, a la declaración de la vulneración de los derechos constitucionales y a la reparación de las concretas lesiones sufridas por los demandantes. No se excluye ninguno de los derechos constitucionalmente reconocidos, de modo que se alinea a un criterio mayoritario de la doctrina constitucional tendente a la no jerarquización de los derechos. Un aspecto distintivo de la nueva Ley es que da vida a un nuevo proceso, por lo que a los efectos procesales gozará de independencia en relación a otros procesos y su inicio no dependerá de procesos anteriores como

suele suceder en otros modelos que lo hacen un recurso o un proceso que tiene lugar tras haber vencido la jurisdicción ordinaria -v.gr. Argentina, España-.

La ley estableció que el conocimiento de los procesos constitucionales corresponde al Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales, a partir de lo que la ley dispone. Así, el Tribunal Supremo Popular conoce de los procesos presentados contra los órganos superiores del Estado y el Gobierno, sus funcionarios, directivos y empleados, y como resultado de la acción u omisión indebida de sus funciones. También conoce de otros procesos expresamente asignados por la ley o que no conozca otro tribunal y los procesos de apelación contra las resoluciones de tribunales provinciales que conocen en primera instancia y los procesos de revisión en la materia. Los tribunales provinciales son competentes para conocer y resolver en primera instancia, las reclamaciones dirigidas a la restitución de los derechos consagrados en la Constitución que se consideren vulnerados por los directivos, funcionarios o empleados de los órganos del Estado fuera de los casos reconocidos en la competencia del Tribunal Supremo Popular.

En la ley llaman la atención varias cuestiones relacionadas con la admisión de los procesos. De lo que establece el articulado de la ley, se colige que el juez deberá comprobar que el derecho invocado es amparable, por supuesto. Esto lo hace a partir de identificar como primer eslabón, que el acto u omisión impugnados en la demanda de amparo no cuenta vía ordinaria para su solución, pues de existir esta, el proceso que se presenta no tendría razones para prosperar por la vía constitucional. Pero incluso en los casos que exista una vía ordinaria para conocer del asunto, también el Tribunal podrá admitir la demanda, siempre que se demuestre lo que la ley denomina «trascendencia jurídico social de la vulneración alegada», lo que requeriría de una actuación «urgente y preferente», según plantea el artículo 5.2 de la ley.

Las partes en el proceso pueden ser la persona agraviada y el fiscal; por su parte, los demandados pueden ser personas naturales y entes no estatales o los órganos del estado, sus directivos, funcionarios y empleados. Una peculiaridad es que en aquellos asuntos en los que el Fiscal no sea parte, se le da traslado de la

demanda. En Cuba, la Fiscalía General de la República tiene como una de sus misiones, velar por el estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales por los órganos del Estado, las entidades y por los ciudadanos. Esa función transversaliza todos sus ámbitos de actuación, pues en los procesos que interviene, además de representación del Estado, el ejercicio de la acción penal u otra, le corresponde además la de velar por el cumplimiento de la legalidad.

El *iter* procesal se previó para dar respuesta oportuna a las vulneraciones de derechos constitucionales. Se estableció un régimen cautelar amplio para dar respuesta a las exigencias de este tipo de procesos. Los términos breves permitirán actuar con relativa rapidez si se tiene en cuenta que se podrá encontrar satisfacción al proceso en aproximadamente 50 días contados a partir de la presentación de la demanda. Si se compara con los procesos de otras materias, también se puede apreciar la rapidez en la actuación, no obstante, es un tema que podría ser revisado a los efectos de ganar en mayor efectividad por la naturaleza de este tipo de asuntos. Pero el tiempo antes señalado aumenta a 3 meses aproximadamente si fuera recurrida la sentencia dictada en primera instancia, lo que refuerza la idea que sostenemos sobre la eventual necesidad de revisión de los términos establecidos por la ley.

Es muy temprano aún para evaluar la eficacia de los procesos constitucionales, su ejecución por las autoridades correspondientes y la repercusión en la vida de los ciudadanos. Pero sin dudas constituye un importante baluarte de la justicia constitucional en Cuba. Debemos significar que en Cuba, de los procesos constitucionales estudiados por la doctrina e implementado en otros ordenamientos del mundo, solo existe una variante del proceso de amparo como garantía de los derechos constitucionales, pero no el control de constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos, el cual corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular. Lo otro que trasciende a la labor de los tribunales en este sentido, es que la facultad de interpretar la Constitución corresponde igualmente al órgano legislativo y no a los tribunales, que no pueden imponer criterio de interpretación

en relación a los asuntos que resuelven en esta materia -artículo 108, inciso b-.

V.- Peculiaridades del control constitucional en Cuba

Como una consecuencia de aspectos supra evaluados, el control constitucional en Cuba no es facultad de un órgano judicial. El artículo 108, atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, incluye dentro del inciso e) la función de decidir acerca de la constitucionalidad de leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales. Todo ello de acuerdo al procedimiento que establece la ley.

Tal particularidad transgrede el principio kelseniano sobre la pertinencia de que el control sea realizado por un órgano distinto al que crea las normas. Incluso, la doctrina puede estar en desacuerdo sobre el órgano que debe realizar el control -órgano judicial o político-, pero hay coincidencia mayoritaria en que debe ser alguien distinto al legislador.

Sin embargo, autores como Pérez Hernández han señalado que «los esfuerzos por explicar el sistema de control constitucional de un país teniendo como referente alguno de los sistemas clásicos (francés, norteamericano o austriaco), resultan por lo general insuficientes» (Pérez Hernández, s/a, p. 590). Las peculiaridades del modelo cubano son discrepantes con los modelos teóricos estudiados en otras latitudes y los fundamentos teóricos de los regímenes políticos y características de los ordenamientos en el marco de los cuales opera.

El modelo de control constitucional cubano, con origen en la Constitución, es desarrollado por la Ley 131 De organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado, del año 2019, regula el control de constitucionalidad del artículo 108, inciso e; pero también del inciso h, relativo a los acuerdos y disposiciones de las asambleas municipales del Poder Popular, llegando a incidir hasta ese nivel.

El control constitucional en Cuba tiene dos momentos: previo y posterior. El control previo es realizado como una etapa o fase del proceso de aprobación de una ley a partir del Dictamen que elabora la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular -artículo 126 de la Ley 131/2019-. A partir del documento que emite la Comisión,

se evalúa si la disposición normativa que se pretende aprobar es constitucional y, en caso contrario, se procede a realizar diversas acciones que contribuyan a perfeccionar el proyecto presentado.

Hay dos causales en la ley para presentar la cuestión de inconstitucionalidad. La primera es que se haya aprobado la disposición legal sin haber observado el procedimiento legal establecido. La segunda, es que la nueva disposición normativa o parte de ella contradiga al texto de la Constitución. En ambos casos procede el control posterior que deberá presentarse por conducto del Presidente de la Asamblea, mediante escrito fundado que dé cuenta de los elementos alegados, el que se da traslado al órgano que elaboró la disposición impugnada para que presente escrito con las razones que alegare. Estos elementos a disposición del Presidente de la Asamblea, son trasladados a la Comisión de Asuntos Constitucionales y jurídicos para que dictamine.

Con el dictamen de la Comisión se da cuenta a los diputados en la sesión de reuniones más próxima que tengan para votarla. La decisión de la asamblea es inapelable y no puede volver a presentarse otra cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma disposición normativa y con objetivos similares, aunque sean otros los sujetos.

VI.- Sobre el control de convenciones, tratados y otros instrumentos internacionales

La nueva Constitución aprobada en 2019 superó las expectativas en materia de derechos humanos. Amplió considerablemente el catálogo de derechos, incorporando la mayor parte de los que obran en instrumentos internacionales sobre la materia, especialmente la Declaración universal de los derechos Humanos, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, así como el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De esta manera da pasos agigantados en una materia en la que a pesar de los logros que en materia de salud y de educación se habían alcanzado desde los años sesenta del siglo pasado, quedaban deudas pendientes en el terreno de la regulación jurídica. También debemos destacar que el reciente texto constitucional estableció un sistema de garantías de los derechos, de modo que no resulten

en una especie de aspiraciones sin las herramientas capaces de articular su efectiva realización.

Desde la propia Constitución se establecieron las bases de la política internacional del país sobre la base del respeto a la independencia y soberanía de los pueblos. También en el respeto a la libre determinación como un derecho, expresado en la «libertad de elegir su sistema político, económico, social y cultural, como condición esencial para asegurar la convivencia pacífica entre las naciones». Declara, asimismo, la voluntad de observar de manera irrestricta los principios y normas que conforman el Derecho Internacional, entre los que destacamos aquellos referidos a la igualdad de derechos -artículo 16, inciso c-. Cuba manifiesta su postura en la defensa y protección del disfrute de los derechos humanos -inciso g-.

Respecto a la relación que debe existir entre los tratados internacionales y su recepción por el derecho interno, la Constitución establece posibilidades de su incorporación tal cual Cuba lo suscribió o su desarrollo normativo. En cualquier caso, la Constitución se reserva el lugar más alto de la jerarquía normativa en el derecho interno. Dice el artículo 8 constitucional:

«Lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional. La Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales.»

La Ley 131 de Organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado, desarrolló la facultad del Consejo de Estado para ratificar o denunciar los tratados internacionales—artículo 257, inciso ñ-; así como de la Asamblea Nacional del Poder Popular, para la aprobación de los acuerdos de paz—artículo 234-. A partir de lo que hemos descrito, se puede apreciar que en Cuba se privilegia la primacía del derecho interno. Siendo la Asamblea Nacional del Poder Popular la que ejerce la fiscalización y control de los instrumentos de Derecho Internacional Público. A partir de su recepción por el derecho interno y el mandato constitucional de coherencia con la letra de la carta magna, pues queda incorporado al procedimiento destinado resolver la cuestión de inconstitucionalidad que se suscite a partir del acuerdo de la Asamblea

que lo haya aprobado o de la legislación que haya incorporado el contenido presuntamente inconstitucional.

VII.- A modo de conclusiones

La presente contribución, lejos de considerarse una obra acabada, esboza importantes claves para la comprensión del actual sistema de justicia constitucional en Cuba. A partir de los contenidos desarrollados pueden ser conclusivas las siguientes ideas:

Segunda: La Constitución de la República de Cuba de 2019 mantiene un sistema de Partido único y plantea la aspiración de construir un Estado Socialista de Derecho. En el último ciclo constitucional, se incorporó una garantía jurisdiccional de los derechos y se instituyó el proceso de amparo.

Primera: Se pueden apreciar claramente las cinco etapas de la evolución de la justicia constitucional en Cuba. Como elemento más relevante se destaca la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales al amparo de la Constitución de 1940, desintegrado en el proceso de institucionalización del país por el Gobierno Revolucionario (1959 a 1973).

Tercera: El amparo de los derechos constitucionales es el único proceso constitucional en Cuba. Para su materialización, se crearon salas en los tribunales provinciales y en el Tribunal Supremo Popular. Todos los derechos constitucionales son justiciables, en principio. Se aprobó una ley de desarrollo que contempla un proceso más expedito que otros de la jurisdicción ordinaria.

Cuarta: El control constitucional no es en sede jurisdiccional y la facultad de realizarlo recayó en la Asamblea Nacional del Poder Popular -órgano legislativo-, quien es a la vez el máximo intérprete de la Constitución. Puede ser previo o *a posteriori*, existiendo para ambos casos un procedimiento regulado en la ley. La mayor crítica al modelo cubano es la confusión de sujetos, pues la cuestión de inconstitucionalidad es resuelta por el mismo órgano que elabora las leyes.

Quinta: Con la aprobación de la Constitución de 2019 se amplió el catálogo de deberes y derechos en correspondencia con los instrumentos internacionales sobre la materia. La recepción del derecho internacional queda subordinada al derecho interno, pues por mandato constitucional, se deben valorar todos los

instrumentos internacionales en correspondencia con el texto de la propia Constitución. Será el órgano legislativo cubano, el encargado de valorar la constitucionalidad de las disposiciones de derecho internacional.

Referencias bibliográficas

AA. VV., *Valoración jurídico penal del juicio más trascendental de la historia de Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1998.

Asamblea Nacional del Poder Popular, «*Proyecto de Ley De la cuestión de constitucionalidad de las normas legales y la queja constitucional para la protección de los derechos y garantías constitucionales*», en Rodríguez Fernández, Yumil, *El Control de Constitucionalidad de las normas jurídicas. Un acercamiento al modelo cubano*, Cuba, Ediciones ONBC, 2018.

Asamblea Nacional del Poder Popular, *Ley 131 De organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado*, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Número 6, Extraordinaria, 2020.

Asamblea Nacional del Poder Popular, *Ley 140 De los Tribunales de Justicia*, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Número 137, Ordinaria, 2021.

Bertor Triana, Harold, «*Comentario a la Constitución cubana de 2019. Notas a la luz de su entrada en vigor*», Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXIX, Número 274, May-Agosto, 2019, pp. 1027-1038.

Constitución de la República de Cuba, 10 de abril de 2019, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, Año CXVII, Número 5, La Habana, 2019.

Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, España, Taurus Humanidades, pp. 31-42.

Fernández Segado, Francisco, «*El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)*», en Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2002, p. 304.

- Lara Hernández, Eduardo, «*Aspectos jurídicos del Programa del Moncada como fuente de derecho y su continuidad histórica*», *Revista Cubana de Derecho*, Año 2003, No. 22, Julio-Diciembre, La Habana, pp. 4-13.
- Lazcano y Mazón, Andrés María, *Las Constituciones de Cuba*, España, Ediciones Cultura Hispánica, 1952, pp. 547-585.
- Ley de 31 de marzo de 1903, Del Recurso de Inconstitucionalidad*, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 1 de abril de 1903, La Habana.
- Ley Fundamental de la República de 7 de febrero de 1959*, en AA. VV., *Documentos de la Revolución Cubana*, Cuba, Editorial Ciencias Sociales, 2006, pp. 40-113.
- Ley No. 7, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales*, de 31 de mayo de 1949, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 7 de junio de 1949, La Habana.
- Matilla Correa, Andry (coord.), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté*, Facultad de Derecho UH-Editorial Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2009.
- Mondelo García, José Walter, *Constitución y orden jurídico en la Revolución cubana*, Cuba, Editorial Oriente, 2018.
- Mondelo Tamayo, Jorge Olver, «*La Constitución de la República de Cuba De 2019 y el retorno de la jurisdicción constitucional*», *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, Número, Julio-Diciembre, 2019, pp. 85-115.
- Pérez Hernández, Lissette, «*El control constitucional de leyes y disposiciones normativas en Cuba*», en Matilla Correa, Andry (Comp.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, *op. cit.*, p. 590.
- Pérez Llody, Luis Alberto, *Derecho de resistencia y revolución en Cuba*, Santiago de Cuba, Editorial Oriente, 2017.
- Prieto Valdés, Martha, «*El sistema de defensa constitucional cubano*», en Matilla Correa, Andry (Comp.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, México D.F., Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, SA. de CV., 2009, pp. 460-461.
- Ramos Quiroz, Francisco, «*El control constitucional en la carta gaditana de 1812 y su influencia en Michoacán en el siglo XIX*», La

Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el Occidente
Novohispano, México, IIJ, 2015, p. 335.



4.- NOTAS SOBRE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: EXPERIENCIAS EN IBEROAMÉRICA. EL CASO CUBANO



JORGE OLIVER MONDELO TAMAYO

Resumen

El Derecho Procesal Constitucional es resultado de varios siglos de evolución de sus principales instituciones, alcanzando su consolidación científica a mediados del siglo XX. Los debates teórico y normativo relativos a esta materia se extienden al siglo XXI, a pesar del relativo consenso en torno a su existencia y fundamentos. La introducción de la jurisdicción constitucional en países iberoamericanos contribuyó al notable desarrollo de la codificación ante la necesidad de regular cuestiones muy diversas, *v. gr.* orgánicas, procesales, entre otras. El estudio del tema cobra mayor relevancia al haberse celebrado en el año 2020 el centenario del primer Tribunal Constitucional y el 80 aniversario de una experiencia pionera en América Latina: el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba. En este trabajo el autor se plantea como objetivo identificar los principales rasgos de la codificación del Derecho Procesal Constitucional en Iberoamérica, lo que favorecerá el conocimiento de las tendencias

actuales en el tratamiento legislativo de la materia. Se destaca especialmente el empleo del método jurídico comparado

Palabras claves: derecho procesal constitucional, codificación, Iberoamérica, derecho comparado, tribunal constitucional

I.- Introducción

El Derecho Procesal Constitucional y sus categorías fundamentales, transversalizan el ordenamiento jurídico, en tanto la Constitución, norma sustantiva a la cual tributa, irradia sobre el ordenamiento jurídico en un fenómeno que algunos autores han calificado como «constitucionalización del ordenamiento jurídico» (Guastini, 1998). Ello se comprende mejor a partir de la obra de Santi Romano (1963) y la advertencia al mundo del Derecho de la estructura ramal derivada de la Constitución, pudiendo derivarse de esta cuestión el análisis de determinadas disciplinas que quedan en un terreno de dudas, pues comparten categorías de varias. Cabe considerar el aporte los aportes indiscutidos de Kelsen quien marcará un punto de no retorno en el debate sobre las «ciencias jurídicas» (Schmil, 1994, p. 12). Al debate científico en torno al Derecho le sigue, en un plano de especialidad, la cuestión en torno a la unidad del Derecho Procesal (Carnelutti, 1952; Alcalá-Zamora, 1992; Mendoza Díaz, 2005). Todas estas cuestiones trascienden al debate sobre el Derecho Procesal Constitucional.

En 1920 es aprobada la Constitución austríaca que da vida al primer Tribunal Constitucional, hecho que arriba a su centenario. Coincide el festejo con el 80 aniversario de su experiencia pionera en Latinoamérica: el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba, con poco más de 30 años de actividad, pero que dejó su impronta en el contexto latinoamericano. Estas experiencias de jurisdicción constitucional tienen lugar en el mismo período en que nace y se consolida como disciplina científica el Derecho Procesal Constitucional. Sin embargo, la indagación científica sobre la materia y su desarrollo como rama del Derecho no marchan al unísono. La regulación de sus principales instituciones es aún incipiente, sobre todo si se compara con otras ramas del Derecho. El objeto de este trabajo se centra en el fenómeno de la codificación del Derecho Procesal Cons-

titucional. Se plantea como objetivo identificar los principales rasgos de la codificación del Derecho Procesal Constitucional en Iberoamérica, lo que favorecerá el conocimiento de las tendencias actuales en el tratamiento legislativo de la materia.

En la estructura de este trabajo se establecen dos momentos importantes. Primero, se enuncian algunos aspectos teóricos de sistematización del Derecho Procesal Constitucional y que condicionan los contenidos que debe tener en cuenta el legislador. En un segundo momento, se comparten algunas experiencias de codificación procesal constitucional en Iberoamérica, los que serán referente a partir de los cuales será posible arribar a las conclusiones que responden al objetivo planteado. Se dedican unas breves palabras a las novedades legislativas sobre la materia en Cuba.

II.- Generalidades

La codificación del Derecho procesal Constitucional será entendida como el «tratamiento normativo orgánico y sistematizado de las reglas que disciplinan los distintos procesos y recursos constitucionales, así como las concernientes a la magistratura constitucional» (Sagüés, 2001, p. 7). Responde a una necesidad de ordenación de este tipo de relación jurídica procesal especial, con lo que no solo se regulan procedimientos, sino que desarrolla una garantía constitucional de tipo jurisdiccional.

El Derecho Procesal Constitucional debe observarse en primera instancia, como resultado del devenir histórico del constitucionalismo moderno en la medida que representa un momento cumbre en el camino por dotar a las constituciones de herramientas para su protección. Y a pesar de no estudiarse como una materia claramente delimitada en el concurso de las ciencias jurídicas, su arista normativa alcanzó mayor desarrollo en etapas tempranas –en sentido lato, comprende también la jurisprudencia constitucional–. En su propio origen, por ejemplo, se pueden identificar los siguientes hitos (Sagüés, 2013, pp. 11–12):

- La asunción por parte de los tribunales de justicia de la responsabilidad de salvaguarda de los contenidos constitucionales, a partir de reconocerle carácter normativo e identificarla como norma suprema del ordenamiento jurídico. Ello a tenor de reconocerle potestad para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y otras disposiciones normativas y actos de poder —con el caso *Marbury vs. Madison*, 1803—.
- Surgimiento del amparo como proceso para la defensa de los derechos constitucionales —en México, 1858— y la adquisición de carácter constitucional por parte del hábeas corpus —con mención especial al *Habeas Corpus Amendment Act*, 1679—.
- La concreción de un órgano jurisdiccional independiente de los poderes del Estado y de la jurisdicción ordinaria, con la función de expulsar normas del ordenamiento jurídico —con la creación de los tribunales constitucionales de República Checa y Austria, 1920—.

La evolución de estas instituciones de Derecho Procesal Constitucional trasciende a los estudios de grandes procesalistas y constitucionalistas de la primera mitad del siglo XX. Sobre la consolidación científica del Derecho Procesal Constitucional —cronológicamente posterior a los hitos destacados por Sagüés—, se propone la periodización realizada por Ferrer Mac-Gregor (2008, p. 596) quien establece cuatro períodos. El primero comprende el estudio de Kelsen sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928), así como el trabajo de Schmitt, sobre el guardián de la Constitución (1983). Le sigue la etapa en la que se da el *nomen iuris* a la nueva disciplina por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992, p. 11) a partir de sus estudios de derecho procesal publicados en Argentina. En un tercer momento, incorpora los aportes del procesalismo científico y las obras de Couture (1973), Calamandrei y Cappelletti. La última etapa corresponde a la defensa de la tesis de licenciatura de Héctor Fix-Zamudio bajo el título «La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo en 1955 (García Belaúnde, 2009, p. 83). La influencia del procesalismo científico se hace notar en la sistematización que realiza del Derecho Procesal Constitucional en este y otros escritos posteriores.

A mediados del siglo XX se ha impuesto la visión de Francesco Carnelutti, en que el Derecho Procesal se presenta como el tronco común del cual se derivan otros con carácter especial. Había dicho: «el derecho procesal es fundamentalmente uno» (Carnelutti, 1925, p. 3). No se trata de unidad dogmática, sino de un eje categorial que se comparte. La teoría unitaria del Derecho Procesal reflejada en esta idea, plantea que existen categorías procesales comunes a todas las ramas procesales y se pueden abordar desde su independencia científica. De este modo se excluye la idea de ser un simple instrumento de las materias sustantivas.

Se considera que la naturaleza jurídica procesal del Derecho Procesal Constitucional puede justificarse teóricamente sobre los pilares de la teoría unitaria del Derecho Procesal. De este modo, la relación que se establece es de especie a especie y no de género a especie, o sea, se crean niveles de dependencia de la nueva disciplina con respecto a su tronco común: el Derecho Procesal (Zagrebelsky, 1990, p.113).

No obstante, el nivel de dependencia de todas las materias procesales con las sustantivas que le dan apellido, aplica de igual modo al Derecho Constitucional y de este modo, por su especial característica de norma suprema, deriva en un producto *sui generis*. Los procesos concebidos, las instituciones encargadas de impartir justicia, la intervención de los sujetos, entre otros aspectos, determinan que su forma de realización no sea la misma que en la jurisdicción ordinaria, incluso aún inserto en esta. Los niveles de jerarquía varían considerablemente de uno a otro y las repercusiones de los fallos no tienen la misma implicación con respecto al resto de los procesos, aspecto sobre el que se ha sentado jurisprudencia (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1979). Pero sigue siendo un derecho de carácter instrumental que no puede deslindarse de la materia sustantiva a la que inexorablemente se debe.

Es posible fundamentar la justificación epistémica de la naturaleza del Derecho Procesal Constitucional sobre la base de la teoría unitaria del Derecho Procesal, considerando los siguientes criterios:

- Es un derecho de carácter instrumental que no puede deslindarse de la materia sustantiva a la que inexorablemente se debe. Es un derecho adjetivo.
- Sistematiza contenidos relativos al control jurisdiccional de ciertos actos legislativos o ejecutivos y además, excesos contra los derechos humanos.
- La creación de órganos jurisdiccionales específicos para conocer de los conflictos derivados de la Constitución como norma de aplicación directa, conlleva la instrumentación de procedimientos propios y herramientas procesales para hacerlo efectivo.
- Es receptor de las categorías generales del Derecho Procesal: jurisdicción; acción; pretensión; proceso y procedimiento; principios; etcétera. Las categorías estudiadas por el Derecho Procesal son indispensables para el estudio del Derecho Procesal Constitucional.

Por último, debe tenerse en cuenta un par de presupuestos normativos del Derecho Procesal Constitucional. Se suscribe el principio de la Constitución normativa. Resulta necesario entender a la Constitución como un conjunto normativo *self executing*, capaz de surtir efectos directamente. Se está ante una Constitución normativa no solo por sus contenidos directamente aplicables, sino por contar también con normas de desarrollo que hacen viable su contenido. Se debe evitar incluir en las Constituciones normas con términos vagos y conceptos ambiguos, como dignidad, igualdad, felicidad, etc. –lo que se traduce en poder irremediable por parte del juez constitucional– (Prieto Valdés, 2002, p. 155).

Este presupuesto es imprescindible cuando se trata un tema relacionado con la realización de los contenidos constitucionales en los marcos del Estado de Derecho. Todo ello trasciende a la conformación de la disciplina Derecho Procesal Constitucional, que debe tener en cuenta estas peculiaridades. Aunque se ha sostenido en este trabajo la no dependencia del Derecho Procesal Constitucional en tanto disciplina de su existencia como rama en determinado ordenamiento, lo cierto es que este es el factor de orden sustantivo más relevante a considerar.

La determinación del sistema de fuentes es el otro presupuesto normativo a considerar en la medida que establece un ámbito de fronteras en el orden práctico, pero también en el gnoseológico. La comprensión de los límites en el ordenamiento jurídico y de su ámbito garante además, propicia un estudio más objetivo de la materia que nos ocupa, al erigirse en premisa insoslayable.

Especial mención merece en este apartado la jurisprudencia. Como resultante de la actuación de los tribunales, tienen un desempeño vital en la aplicación del Derecho. La jurisprudencia constitucional sienta doctrina e impone criterios de interpretación para la actividad de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Su reconocimiento dota de mayores garantías al ordenamiento jurídico. No solo es parte de la práctica jurídica de un país, es también la base sobre la que se asienta una parte importante de la doctrina constitucional imprescindible al estudio del Derecho Procesal Constitucional.

La elaboración de un código procesal constitucional dotaría a la materia de unidad y coherencia en su sistematización. Es una forma de contribuir a su dogmática particular, favoreciendo incluso, las posibilidades reales en el ejercicio profesional (Velandía Canosa, 2018, p. 78). Todos estos aspectos se convierten en acicate teórico que sirve de sostén al desarrollo legislativo del Derecho Procesal Constitucional. Las variadas experiencias de codificación de la materia añaden matices muy variados al tema que nos ocupa, de ahí que nos hayamos dado a la tarea de identificar aquellos aspectos que resultan más relevantes de la perspectiva de su regulación en diferentes ordenamientos.

III.- Algunas experiencias de la codificación procesal constitucional en Iberoamérica

El desarrollo teórico y normativo del Derecho Procesal Constitucional no marchan al unísono. En Argentina el primer código procesal constitucional sería el de la provincia de Tucumán, en 1995 (Moreno Alfonso, 2017, p. 31). Resulta tardío en relación a la amplia labor doctrinal que le precedió y se mantiene una dispersión normativa aún no resuelta (Gentile, 2011).

En el mismo no está previsto un procedimiento específico para la acción de inconstitucionalidad. Para poder declarar

la inconstitucionalidad de una disposición normativa, se debe presentar una acción de certeza, la que facilita el cauce de la decisión, pero no es *per se* una herramienta destinada a satisfacer la cuestión.

Derivado de la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional, varios países han asumido variantes adaptadas a sus realidades nacionales. También han sido diversas las denominaciones del órgano jurisdiccional. Ello ha generado confrontaciones con la jurisdicción ordinaria. En el caso español contar con un Tribunal Constitucional en el amasijo institucional del sistema político incorpora ribetes de complejidad al poder judicial (Pérez Royo, 1988, p. 100). En ello influye mucho el proceso de «transición a la democracia» en la que se impuso la forma consensuada de la Constitución (1978) que a la postre derivaría en ambigüedades al momento de elaborar sus preceptos. Sus magistrados tienen limitado el período de mandato, con renovación periódica y deben sujeción a la Constitución y al denominado bloque de constitucionalidad (García Pelayo, 1981, p. 10).

Algunos consideran que existe un fortalecimiento excesivo de la institución y especialmente al recurso de inconstitucionalidad, acentuando «de manera potencialmente peligrosa el perfil político de la Justicia constitucional» (García Pelayo, 1981, p. 58). En el artículo 159 *bis* de la Constitución se especifica el mandato en relación al mismo, desarrollado con más detalle en la Ley Orgánica 2 de 3 de octubre 1979, del Tribunal Constitucional. El artículo 27 de la Ley Orgánica reconoce el conjunto de normas sobre las cuales se puede interponer el recurso, incluyendo los estatutos de autonomía. En cualquier caso establece en forma de *numerus clausus*, quiénes son los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción. Como una parte de este recurso, podría considerarse la cuestión de inconstitucionalidad, que da la posibilidad a los jueces o tribunales a solicitarla ante el Tribunal Constitucional de oficio o a instancia de parte.

Para la defensa de los derechos fundamentales reconoce dos formas de amparo. Una de ellas se prevé en el artículo 53.2 de la Constitución, un procedimiento especial, preferente y sumario, ante la jurisdicción ordinaria para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 14 y sección primera. El otro recurso

de amparo está previsto ante el Tribunal Constitucional, es de carácter extraordinario y sólo puede interponerse frente a vulneraciones de los derechos ubicados en esa sección de la Constitución e imputables a un poder público –artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–. Se excluye el amparo contra leyes o particulares. Requiere además el agotamiento de la vía judicial, con la invocación previa del derecho. Su concepción ha posibilitado que se vea al Tribunal Constitucional como una instancia más tras la jurisdicción ordinaria. Un elemento que se visualiza en el caso español es que no basta con acreditar en la demanda del amparo la existencia de lesión de un derecho fundamental, sino que efectivamente se ha producido una lesión con especial trascendencia constitucional.

En el caso de la Constitución boliviana (2009), se acredita la existencia del Tribunal Constitucional Plurinacional. En la Constitución del país latinoamericano se encuentra refrendado el criterio de obediencia a la Constitución. Cuenta con una ley especial, el marco legal que garantiza su funcionamiento (2010). Los procedimientos que regula se pueden clasificar en tres grandes grupos: los dirigidos a la defensa de los derechos, al control de constitucionalidad de los actos de gobierno y conflictos competenciales.

En Colombia, el Decreto 2067 de 1991 establece las cuestiones de competencia, procesos y procedimientos que tienen lugar ante la Corte Constitucional. Ese constituye su código procesal constitucional (Moreno, 2017, 32). Se estima que la intención debe estar dirigida en mayor grado a la salvaguarda de los derechos constitucionales, pues han sido múltiples las condenas de organismos internacionales contra el país.

En el capítulo IV, Título VIII, de la Constitución de 1991, se crea la Jurisdicción constitucional –de la Rama Judicial– a partir de la incorporación de la Corte Constitucional con competencia sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad y de las revisiones de los fallos de tutela. Las diversas cuestiones relacionadas con la jurisdicción constitucional se encuentran en normas dispersas (Moreno, 2017).

En la Constitución de Costa Rica (1949) se configuró una Sala para la protección de los derechos fundamentales, inclu-

yendo otros que se encuentren en instrumentos internacionales. La Constitución, la ley y la jurisprudencia son las fuentes a las cuales se debe la Sala. Cuenta con una Ley de jurisdicción constitucional (1989).

La acción de inconstitucionalidad adopta en Costa Rica matices interesantes para nuestro estudio, pues aporta tres variantes. Una de ellas es la Acción de Inconstitucionalidad, pero las otras dos variantes que adopta son consultas que se pueden realizar por los jueces y también por los diputados.

Otro ejemplo ilustrativo es el de Ecuador, que en la Constitución de 2008 (2011) estableció una Corte Constitucional. Cuenta con una ley especial, Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). En ambos cuerpos normativos se deja constancia de su rol como máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia.

Se regula la independencia administrativa y financiera de la Corte. Establece además, los requisitos para asumir la magistratura y otros aspectos que resultan de esa condición. Establece seis procedimientos como garantía para los derechos fundamentales. La Corte interviene además dictaminando proyectos leyes y se pronuncia sobre las declaraciones de estados excepcionales. Emite dictamen previo y vinculante sobre tratados internacionales antes de su aprobación por la Asamblea; convocatorias a consultas populares y objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la presidencia de la República ante procesos de elaboración de leyes.

Por su parte, en Perú el Tribunal Constitucional también goza de independencia formal, debiendo obediencia a la Constitución (1993) y la Ley Orgánica. Se ha desarrollado en ese país la experiencia de un Código Procesal Constitucional (2004). La norma especial es contentiva de un amplio espectro de procedimientos para encauzar los procesos establecidos en la Constitución: Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Inconstitucionalidad, Proceso Competencial y de Acción Popular.

Al igual que en España, comienza a evidenciarse una tendencia de la jurisdicción constitucional a convertirse en otra instancia, litigar sobre procesos que compartían el mismo objeto

que el seguido en sede ordinaria. La mayor parte de los procesos de amparo presentados era contra fallos judiciales. La cifra se estima en un 60 % de los casos presentados (García Belaunde, 2009, p. 147).

La producción intelectual a favor del desarrollo del Derecho Procesal Constitucional como disciplina científica y como rama del Derecho en el país es una realidad. La labor intelectual llevada a cabo por un amplio sector de la academia del país sudamericano muestra los avances que se ha dado en ese sentido con una amplia producción intelectual.

Esta breve panorámica por el contexto latinoamericano ilustra sobre las realidades nacionales de los países iberoamericanos en el tratamiento al Derecho Procesal Constitucional y la codificación de sus principales instituciones. Lo antes descrito nos permite arribar a las conclusiones de este trabajo, las que dan respuesta al objetivo propuesto.

IV.- En los albores de la nueva experiencia cubana. Breve presentación

En febrero de 2019 fue sometida a referendo la Constitución de la República de Cuba, tercera en la historia constitucional cubana posterior a 1959. En su artículo 99 regula un procedimiento para la garantía de los derechos, una de las novedades incorporadas a partir de la consulta popular previa a su aprobación: «La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por órganos del Estado, su directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización.» En el segundo párrafo dice: «La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento.»

Al momento de su regulación en ley, se tuvo en cuenta el mandato del constituyente que previó un único proceso orientado a la protección de los derechos constitucionales, mas no la declaración de inconstitucionalidad. Esta última -la cuestión de

inconstitucionalidad- corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular, el órgano legislativo. Es ese uno de los mayores derroteros apreciados en la concepción de la jurisdicción constitucional en Cuba. Por tanto, cuando se habla de Derecho Procesal Constitucional en Cuba y su regulación, debo advertir que abarca solo el proceso de Amparo como garantía de los derechos constitucionales.

La reserva de ley constitucional que establece fue salvada con la aprobación en mayo de 2022, de la Ley 153 del Proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales. De este modo, se crea una disposición normativa que opera como garantía formal, en primer orden. El proceso cumple con ciertos principios procesales tales como igualdad, celeridad, economía procesal, mediación, imparcialidad, contradicción, efecto rehabilitador, etcétera. Configura un proceso con un único procedimiento para facilitar el cauce y cumplimiento del objetivo previsto en el artículo 99 de la Constitución. Pueden acceder tanto personas naturales como personas jurídicas, algo sobre lo que no se estableció límite alguno; como tampoco se estableció contra los extranjeros que en determinadas circunstancias podrían hacer valer sus derechos en territorio nacional. Los efectos del proceso están claramente definidos en el propio artículo de la Constitución: reparación o indemnización.

Ahora bien, una de las cuestiones más polémicas que prevé la ley es la del órgano jurisdiccional. La historia de Cuba ha sumido en un letargo al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. En el estudio de la actual concepción del órgano, las dos grandes tendencias mayoritarias indicaban la creación de una Sala dentro del Tribunal Supremo Popular o, además de la Sala, la dación de ciertas competencias a tribunales territoriales. La opción adoptada coincide con la segunda de estas propuestas. Se aprobó a creación de una sala dentro de la estructura del Tribunal Supremo Popular de Cuba y se crearon respectivas salas en los tribunales populares.

La ley, es sintética y aunque impresiona que pudo haber ganado en mayor desarrollo, está a tono también con el tipo de proceso. En su sistemática abarca tres capítulos y diez secciones. El primer capítulo aborda algunos aspectos preliminares

relacionados con los fundamentos de la ley y otras cuestiones técnicas. El segundo capítulo, por su parte, abarca la jurisdicción, competencia e integración del tribunal. En esta parte de la Ley apreciamos algunas cuestiones interesantes para el debate académico asociadas a lo que denomina la importancia jurídico social de las vulneraciones, la posibilidad de que determinados procesos concebidos para la jurisdicción ordinaria empleen la vía del amparo para buscar mayor celeridad o el tema de la integración del órgano, en relación al número de integrantes de la sala y su nivel de especialización. El tercer capítulo, a lo largo de siete secciones, define las partes que pueden intervenir en el proceso; las medidas cautelares; las formalidades que deben tener los escritos de las partes; la audiencia como acto único en el que se practican pruebas; las sentencias; el recurso de apelación; y por último, la ejecución de las sentencias constitucionales. De este modo abarca elementos sustanciales para el desarrollo óptimo del proceso.

Resultaría apresurado, demasiado, ofrecer desde fecha tan temprana, cercana a su aprobación un criterio sólido sobre la práctica jurídica en torno a la ley, pues tras dos meses contados a partir de la publicación de la Ley en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, no se había presentado ningún proceso. Sin embargo, resulta loable, eso sí, que se haya concebido e implementado un proceso constitucional en Cuba, una deuda que el constitucionalismo posterior a 1959 no había podido saldar y que hoy empieza a arrojar luces en un terreno fértil e inexplorado parcialmente en el país.

V.- Conclusiones

Primera: La incorporación de la jurisdicción constitucional en las constituciones y su implementación, unido al gradual desarrollo de los estudios de Derecho Procesal Constitucional, son presupuestos que han favorecido la codificación de la materia.

Segunda: La Constitución es la instancia primaria de regulación procesal constitucional al establecer las herramientas para su defensa, legitimar la actividad del órgano jurisdiccional y los

procesos fundamentales. Todo ello deberá ser considerado por el legislador en el desarrollo legislativo del mandato constitucional.

Tercera: Existe una tendencia en aumento a favor de la codificación del Derecho Procesal Constitucional en los países iberoamericanos, lo que se manifiesta con mayor intensidad a partir de la década de la última década del siglo XX.

Cuarta: Aunque el ideal de codificación del Derecho Procesal Constitucional lo sería la existencia de un Código Procesal Constitucional –independientemente de su denominación–, lo cierto es que aún persiste una dispersión normativa que afecta su tratamiento sistemático y concentrado.

Quinta: Unido a lo anterior, aún se privilegian algunos procesos que cuentan con leyes especiales –*v.gr.* amparo constitucional, protección de datos personales– o que se encuentran incorporados a códigos de otras materias –*v. gr.* hábeas corpus–.

Sexta: Algunas legislaciones nacionales favorecen el empleo de la jurisdicción constitucional como una instancia más tras haber vencido un proceso en la jurisdicción ordinaria sin satisfacción. Aún deben encontrarse fórmulas más efectivas que conserven la coherencia en el ordenamiento –fundamentalmente de los códigos procesales en relación al acceso a la justicia– y sin sobrecargar la justicia constitucional.

Séptima: En varias legislaciones se incorpora, además de las cuestiones directamente relacionadas con los procesos y procedimientos instituidos, lo que corresponde a asuntos de organización y funcionamiento del órgano jurisdiccional, lo que responde al grado de especialidad e independencia del Derecho Procesal Constitucional en el ordenamiento.

Octava: En Cuba, la Ley No. 153 de 15 de julio de 2022 del proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales, desarrolla el contenido del artículo 99 de la Constitución de 2019. Sin embargo, no se incluye en la jurisdicción constitucional la cuestión de inconstitucionalidad que sigue siendo facultad del órgano legislativo.

Referencias bibliográficas

- Alcalá-Zamora, N. (1992). *Estudios de Teoría General e Historia de Proceso (1945-1972) Tomo I*. México: UNAM.
- Carnelutti, F. (1925). Prove civile e prove penali. *Rivista di diritto processuale civile*.
- Carnelutti, F. (1952). *Estudios de Derecho Procesal, Volumen II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Constitución del Ecuador (2011). Ecuador: Edición de bolsillo.
- Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). Recuperado de: <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>.
- Constitución Española. (1978). *BOE, número 311, de 29 de diciembre de 1978*. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.
- Constitución Política de Costa Rica. (1949). Recuperado de: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitution.pdf>.
- Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado de: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Peru/peru.html>.
- Couture, E. (1973). *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar.
- Domingo García B. (2009). *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Lima: IDEMSA.
- Fairén Guillén, V. (1955). *Estudios de Derecho Procesal. Revista de Derecho Privado*. Madrid.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2008). Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). En Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: UNAM.
- García Pelayo, M. (1981). El status del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional, número 1*.
- Gentile, P. (2011). La Codificación del Derecho Procesal Constitucional. Recuperado de: <https://jorgegentile.com/2011/11/02/la-codificacion-del-derecho-procesal-constitucional/>.

- Guastini, R. (1998). *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano, Ponencia presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado*. Bristol.
- Kelsen, H. (1928). La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). En *Annuaire de l'Institut de Droit Public*. París.
- Ley 027 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. (2010). Recuperado de: <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=1918>
- Ley 153 (2022). Del Proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 'No. 74, Edición Ordinaria.
- Ley 28237 Código Procesal Constitucional. (2004). Recuperado de: <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Codigo%20Procesal%20Constitucional.pdf>.
- Ley 7135 Ley de la Jurisdicción Constitucional. (1989). Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Recuperado de: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/814>.
- Ley Orgánica el Tribunal Constitucional. (1979). BOE, número 239, 5 de octubre de 1979.
- Mendoza Díaz, J. (2005). Hacia una concepción unitaria del Derecho Procesal en Cuba. *Revista Cubana de Derecho, número 26 (julio-diciembre)*. La Habana.
- Moreno Alfonso, R. (2017). *Aproximación a la codificación del Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Pérez Royo, J. (1988). *Tribunal Constitucional y división de poderes*. España: Tecnos.
- Prieto Valdés, M. (2002). *El Derecho, la Constitución y su interpretación*. Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas. Universidad de La Habana.
- Romano, S. (1963). *El ordenamiento jurídico, traducción de la 2ª edición efectuada por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

- Sagüés, Néstor P. (2001). La codificación del Derecho Procesal Constitucional. *Thémis*, No. 43.
- Sagüés, Néstor Pedro, «Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional» en Eto Cruz, G. (2013). *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Tercera edición corregida, ampliada y reestructurada. Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.
- Schmill, U. (1994). Derecho y lógica. *Isonomía*, 1.
- Schmitt, C. (1983). *El guardián de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Velandia Canosa, Eduardo A. Necesidad e importancia de la codificación procesal constitucional. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. X (20), pp. 67-94.
- Zagrebelsky, G. (1990). Diritto processuale costituzionale. En AA.VV. *Giudizio a quo e proumovimento del processo costituzionale*. Milán: Giuffré.



5.- EL DEBIDO PROCESO Y EL CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN PENAL. APUNTES DESDE LA REFORMA PROCESAL EN CUBA



DIANA MEDINA BATISTA, DARINA ORTEGA LEÓN Y TAHIMÍ BEATRÍZ
MEDINA MARCHECO

I.- Introducción

El aumento de la criminalidad constituye hoy, sin lugar a dudas, uno de los problemas que aquejan a los gobiernos. Cómo contribuir a su enfrentamiento se encuentra incluido en sus planes de desarrollo para asegurar la armónica convivencia social, pues el delito, como fenómeno multicausal, no tiene solo un alto impacto social, sino también representa un reto en sus costos públicos y privados.

La evidente pugna entre la persecución penal y los derechos de los justiciados, constituye una ecuación decisiva para definir la calidad de la justicia que se pretende. En tal sentido, ambos extremos en la ecuación deben ser tenidos en cuenta, y deben cohabitar (Núñez Ojeda, 2017, p. 23) armónicamente en el proceso penal. Por ello, existe consenso en que los derechos no deben ser absolutos y pueden estar limitados (Cabezudo Bajo, 2018), cuando sea necesario e imprescindible, lo que significa que el Estado también tiene límites y restricciones (Bernal Pulido,

2007) para invadir los derechos de los imputados o de terceras personas vinculadas a un proceso penal. Este aparente juego de contenidos, tiene asiento en la definición ofrecida por la doctrina (Roxin, 2000), que reconoce que las medidas restrictivas de los derechos significan intromisiones vulneradoras *prima facie* del ámbito de protección de estos.

El debido proceso, viene a ser el eje transversal a través del cual es posible garantizar el adecuado respeto de los derechos que pueden ser vulnerados en el proceso penal. Se erige como una categoría con un efecto tridimensional y que viene a considerarse, derecho, garantía y principio, sin que los postulados de cada una interfieran en que pueda ser la otra. Si bien es mayoritariamente un derecho con rostro garantizador, para el proceso penal, en la mayoría de los casos, se erige como garantía instrumental, pues su aplicación posibilita el adecuado respeto de los derechos de los implicados en el proceso penal, sobre todo cuando hablamos de prácticas que por naturaleza son lesivas de los más trascendentales derechos del ser humano.

El debido proceso es un paquete de garantías, que da cabida a una amplia gama de garantías procesales, unas de carácter general, válidas para todas las modalidades de enjuiciamiento y otras de naturaleza más específicas, asociadas particularmente al proceso penal, que incluye en ocasiones hasta el Habeas Corpus (Mendoza Díaz & Goite Pierre, 2020). No solo nos aporta líneas y principios a los que se somete el proceso penal, sino que además contiene las previsiones necesarias para evitar la afectación de los derechos de las personas (Linares, 1989), por lo que no resulta recomendable limitar su contenido y alcance.

Para los que sostienen que es un derecho, no existe unanimidad sobre su naturaleza jurídica, pues pueden estimarlo un «derecho instrumental» (Medina Cuenca , Salcedo Ortega , & Huertas Díaz , 2017), para la defensa judicial de otros derechos, o sea, presupuesto y garantía de los demás derechos constitucionales, o como derecho complejo de carácter autónomo e independiente, y con contenido propio (De Esteban, 1994); que se exhibe con un rostro garantizador y una semejanza con las garantías (Cutie Mustelier, 2016).

El debido proceso podemos delimitarlo en tres momentos (Ferrajoli, 1995): fase inicial, fase de desarrollo, y fase de culminación y ejecución en el proceso. En todos los momentos el debido proceso se sustenta en el principio de legalidad y el respeto a la dignidad humana. En la fase de inicio del proceso los derechos que se incluyen son el derecho de acceso al sistema judicial, que incluye el derecho al juez natural o al juez legal, lo que se colige en: la judicialidad, el carácter ordinario y la predeterminación legal.

La segunda fase, sobre el derecho a no sufrir indefensión, que irradia hacia las otras fases, pero es en este momento donde se convierte en piedra angular, pues necesariamente confluyen otros derechos que son, el derecho a la prueba y el derecho a la defensa, teniendo como fundamentos los principios de igualdad y de presunción de inocencia, relación que posee una particular expresión en las intervenciones corporales.

Por el debido proceso transitan los actos de investigación, que constituyen el núcleo esencial de la indagación penal y que necesitan límites legales para su ejecución. En tales supuestos el debido proceso se erige como garante y en tal sentido han de configurarse todos los actos que se realizan en la fase investigativa del proceso penal. Estos límites han de estar determinados en los principios de legalidad, justificación teleológica y proporcionalidad, los que sirven de fundamentos para su adecuado diseño.

Para cumplir con la tarea de persecución penal de los hechos punibles, el Estado acude a los medios más severos de que dispone el ordenamiento jurídico, interviniendo de manera drástica en los más elementales derechos del hombre (Velasquez Velasquez, 1986). Por ello, es indispensable la búsqueda de un principio que controle u ordene el poder punitivo del Estado, y confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso, por parte de los que detentan o ejercen ese *ius puniendi* (Muñoz Conde, 1975).

La complejidad en la sociedad moderna del siglo XXI, ha generado un aumento en los conflictos socialmente percibidos (Silva Sánchez, 1997), y en la delincuencia (Borja Jiménez, 2001), para lo cual resulta necesaria una política criminal integral que se sustente en estrategias de prevención. Esto se materializa en

reformas a la legislación con el fin de establecer criterios de ordenación y control viables y acorde a los nuevos órdenes sociales y de desarrollo, así como la construcción de instituciones dignas para la ejecución de la sanción (Binder, 1997).

Desde la óptica del derecho penal se consideran razones de política criminal, a los efectos de la investigación, las que permiten evitar el exceso en la práctica de los actos de investigación y ponderar la justificación de estos a partir de varios criterios. Estos criterios son los de legalidad, justificación teleológica y proporcionalidad, para el esclarecimiento y posterior juzgamiento de los hechos delictivos.

La política criminal es el aspecto de control que, en su relación con el poder del Estado, caracteriza el conflicto y legitima la intervención estatal en este para su investigación y solución (Zambrano Paquel, 2013). El debido proceso, por su parte, no la limita, pero establece pautas que suponen límites a la actuación estatal frente a los mecanismos y decisiones de política criminal y que se sustentan en principios.

La política criminal se sustenta en un conjunto de principios que, como criterios de confrontación de las decisiones que surgen en el entorno político y jurídico penal, contrastan con los postulados del debido proceso. La doctrina (Prieto Sanchiz, 2013) (Nieto, 2007) (Sánchez Ostiz, 2012) reconoce la legalidad, proporcionalidad, justificación, *ne bis in ídem*, intervención mínima, tipicidad, culpabilidad, necesidad, *in dubio pro reo*, racionalidad, entre otros. Estos permiten contar con enunciados sobre los que instituir reglas para decisiones concretas y sobre los que construir medios y mecanismos de control y límites al ejercicio del poder estatal. El espacio de coincidencia entre los criterios de política criminal y los postulados del debido proceso se identifica a los efectos de esta investigación, en la materialización de los principios de legalidad, justificación teleológica y proporcionalidad, coincidentes en ambas categorías.

Con independencia de la sociedad que se pretende construir, la seguridad ciudadana, el delito, y la justicia, no dejan de ser analizadas desde perspectivas de su represión. En la actualidad el derecho penal, está marcado por tres escenarios; existe un cambio potencial en los peligros actuales en relación con los de

otras épocas, destacándose en este sentido los riesgos producidos por las personas; el segundo es la complejidad en las relaciones organizativas de responsabilidad, y el tercero está condicionado por la sensación de inseguridad que puede existir a partir de estos peligros reales (Goite Pierre, 2013).

Los excesos que se pueden producir con el empleo de determinadas técnicas y métodos en la investigación penal, amparados en la necesidad de esclarecer los hechos delictivos, donde los esfuerzos son direccionados a la búsqueda de la verdad, imponen una mirada a su utilización real y racional teniendo en cuenta que muchos de los actos de investigación que se practican, sobre todo los vinculados a las llamadas técnicas especiales de investigación, y a la toma de muestras del cuerpo de una persona, como son las intervenciones corporales, suponen intromisiones en importantes derechos de los sujetos pasivos sobre los cuales estas se realizan.

De ahí que se deban valorar los modelos de control utilizados en la actualidad para evitar que se vean afectados lo menos posible los derechos humanos, durante la búsqueda de la verdad, con especial énfasis en el mecanismo utilizado en Cuba, sobre todo, tras la reforma del proceso penal, habida en 2021.

II.- Los modelos de control de la investigación penal. Una panorámica internacional

En la materialización de esa idea de control que alude a la evaluación de lo decidido y su compatibilidad con el adecuado respeto a los preceptos del debido proceso, la doctrina y por ende su reflejo en los códigos procesales, han plasmado la institución de control a través de dos modelos esenciales, uno, sustentado en los principios del garantismo penal, que marca una generalidad doctrinal y legislativa y en donde el juez viene a ser el la figura esencial, imparcial en la toma de decisiones y en la protección de los derechos. Y el otro de control de la Fiscalía o Ministerio Fiscal según sea el caso, tendencia en pocos países de referencia, en donde el papel principal lo tiene el fiscal, y que ha traído análisis de su efectividad y consolidación en los países donde se implementa, entre los que se encuentra Cuba.

El control, es el conjunto de medios que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder, la forma en que se asegura la vigencia de la libertad y de los derechos del ser humano; es un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico. El control es necesario, por exigencia propia de la naturaleza del poder político para mantener su estabilidad y existe porque de otra manera sería posible atentar en contra de derechos que deben ser protegidos y no se debe permitir a los gobernantes el ejercicio arbitrario del poder (Huerta Ochoa, 2001).

El modelo de investigación penal y control de la fase de investigación del proceso a cargo de la Fiscalía o Ministerio Fiscal introduce, a decir de los patrones estudiados en los ordenamientos escogidos para la investigación, no solo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión. Esta se concreta otorgándole las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del procesado tanto al órgano público de la acusación como a quien, con el carácter de actor popular o de acusador particular, pretenda intervenir en el procedimiento y asegurar las fuentes de prueba.

Es criterio mayoritario consagrado en los Códigos Procesales, la idea de que la ordenación y control sea llevada a cabo por un juez, el que se ha denominado de diferentes formas en la doctrina, juez de control, juez de garantías, juez de instrucción.

Sin embargo, existe además la postura de que dicho control sea ejercido por un fiscal. Si bien este criterio no está como generalidad en los códigos analizados, a los efectos de la comparación jurídica, su base está sustentada por documentos internacionales como son las Directrices sobre la función de los fiscales (Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, 1990), las que en su contenido establecen que los fiscales en el proceso penal, de conformidad con la ley, deberán desempeñarse con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos. Criterios que contribuyen a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia

penal. Con esta afirmación, el control de la investigación incluye la función de velar por la legalidad y el respeto de los derechos y garantías de los sujetos que en el intervienen. El fiscal tendrá la obligación, de dictar medidas que aseguren los derechos en la práctica de actos de investigación en el proceso penal, los que deberá controlar por mandato de sus propias funciones.

Como tendencia, se identifica que, a partir de este planteamiento los códigos procesales modernos, si bien en su mayoría asumen la postura del control jurisdiccional, dan al fiscal un conjunto de funciones que favorece que se realice de manera más efectiva. Esto conduce a un modelo híbrido o mixto, donde el juez tiene un papel predominante en el control de las funciones del fiscal.

Otro de los modelos empleados en el control de la práctica de estos actos de investigación es el que responsabiliza en su realización al juez de instrucción, o en otros casos al llamado juez de garantías, en correspondencia con el diseño de impartición de justicia de que se trate. La presencia de un juez de instrucción en el desarrollo de los procesos penales, permitió diseñar la intervención de un órgano imparcial para adoptar durante la investigación las medidas que suponen un menoscabo de los derechos del imputado, de tal modo que sirviera como garantía de que tales medidas se ordenaran solo en cuanto resultaran indispensables.

La atribución de los jueces sobre la función de garantizar los derechos, especialmente matizado en el desarrollo del proceso penal, le otorga la responsabilidad de intervenir de manera imparcial, en el enfrentamiento que se produce entre este derecho y el interés público. Es en estos supuestos, donde se pueden presentar situaciones que precisen la adopción de medidas que traigan consigo intromisiones en el ámbito de la libertad, la intimidad, la integridad corporal, psíquica y sexual, en donde la ponderación de intereses deberá estar sustentada por criterios de proporcionalidad.

En los países en que se ha mantenido la figura del juez de instrucción, tempranamente la realidad procesal se apartó de la genuina esencia y justificación de esta fase del procedimiento,

establecida legalmente como una etapa de corta duración y de búsqueda de material probatorio que contribuya a la búsqueda de la verdad; en ellos la instrucción se convirtió en la piedra angular del proceso penal.

La realidad es que el diseño de control jurisdiccional como paradigma y dentro de este el juez de garantías, propuesta seguida mayormente en los códigos procesales, es un modelo que, estando fundado en el principio acusatorio, está caracterizado por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando estos respeten los derechos y garantías establecidos en las normas; se trata del denominado principio de libre configuración de la instrucción.

No podemos dejar de reconocer la trascendencia de esta función en manos del fiscal. Este, desde su posición de garante, protege derechos y garantías en la investigación penal y controla la ejecución de los actos que en ella se realizan. A este modelo se le ha atribuido como limitación esencial la dualidad de funciones que ha de asumir, en las que no siempre se logra una adecuada ponderación por la primacía que se le confiere al ejercicio de la acción penal como monopolio de esta institución, pero el adecuado cumplimiento de tales roles está en correspondencia con la estructura propia del órgano de persecución penal.

Aun cuando podamos desde ya avizorar las ventajas de cada uno de los modelos, lo trascendente en este sentido, en definitiva, resulta que para la investigación en el proceso penal y, especialmente para el uso de algunas de las diligencias que menoscaban derechos fundamentales, es necesaria la implementación de un mecanismo de control, que permita el adecuado diseño de estas en pos del respeto de los postulados del debido proceso y de la materialización de los principios de la política criminal. En función de esto, el modelo, ya sea jurisdiccional o fiscal, deberá garantizar que estas prácticas no deriven en actividad procesal defectuosa.

III.- Una mirada al control de la investigación penal en Cuba

Tradicionalmente la práctica jurídica cubana se ha caracterizado porque las decisiones en torno a la investigación penal,

han sido tomadas por el órgano investigativo, y controladas por el fiscal. El fiscal ha llevado una dualidad de funciones en la preservación de la legalidad y la imputación hasta la Constitución derogada. En ese sentido la determinación de los actos de investigación, es por el instructor, el que decide las diligencias para investigar el hecho, las que luego controla el fiscal.

A partir de la Constitución vigente, se le asigna al fiscal por mandato directo, la función de controlar la investigación penal, para lo cual se determina como sujeto activo en la toma de decisiones frente a los actos de investigación, y su consecuente control durante la fase preparatoria. Este mandato se extiende hasta su responsabilidad de velar por el cumplimiento de los postulados del debido proceso y del principio de legalidad.

La práctica de actos de investigación que puedan ser lesivos de los derechos, además de la excepcionalidad que debe tener por las razones antes expuestas, requiere de mecanismos efectivos de ordenación y control por parte de los ordenamientos jurídicos procesales de los diferentes Estados.

Se ha reiterado en la investigación la necesidad de una correcta regulación de estas prácticas por los ordenamientos jurídicos y especialmente lo relacionado a la autorización y control.

La problemática surge cuando la obtención se hace a través de la práctica de ciertas técnicas y diligencias de investigación que llevan consigo la violación de determinados derechos fundamentales, como son las intervenciones corporales, las intervenciones en las comunicaciones, la utilización de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de comunicaciones orales y de la imagen, la entrada y registro en domicilios privados, el registro en vehículos, equipajes y mercancías, así como las denominadas técnicas especiales de investigación. Todas ellas que, como explicamos, en no pocos casos suponen la injerencia en el contenido de determinados derechos; colisiona con la aspiración del logro de un debido proceso penal, problemática que sólo tendrá solución si quedan claramente delimitados los sujetos que deben autorizarlas, ejecutarlas y la forma en que han de hacerlo, bajo el estricto cumplimiento de sus requisitos.

La práctica de estas técnicas y diligencias de investigación, requieren en algunos casos del consentimiento expreso del sujeto que las ha de soportar, unido a un buen ejercicio del derecho a la información en toda su extensión, pues en ello radica la efectiva protección de los derechos y garantías del sujeto sobre el que se han de realizar. Se presentan en esta materia situaciones diferentes con cada uno de los sujetos que pueden ser sometidos con fines investigativos a tales prácticas; así, por solo citar un ejemplo, el acusado no está en la obligación de prestar su cuerpo para la intervención corporal y dejar a su vez de ser sujeto de derechos para convertirse en objeto de la investigación, salvo que medie en ello su consentimiento debidamente informado.

Diferente resulta la situación de la víctima, que siendo el titular del bien jurídico lesionado, puede ser revictimizada con estas prácticas, mucho más si esta no ofrece su consentimiento, para obtener de su cuerpo, en dependencia del delito de que se trate, información necesaria para el esclarecimiento del hecho que se ventila. Es este un sujeto que, por la condición de ser víctima del hecho delictivo, generalmente tiene interés en su esclarecimiento y, por tanto, es factible que acceda a ofrecer su consentimiento sin mayores dificultades, aunque tampoco le está negado el derecho a no acceder a ello.

Este consentimiento deberá ser otorgado con espontaneidad y voluntad por parte de la víctima o de su representante legal, sin sometimiento ni presiones para que esta acceda a su práctica voluntaria. Para que este consentimiento sea efectivo estará acompañado de la información adecuada sobre la necesidad de la medida, y los perjuicios que pudieran resultar de su práctica, así como las ventajas de que sea realizada con vista al esclarecimiento del hecho delictivo como titular del bien jurídico lesionado.

Por último, pueden estar presente en el proceso penal terceros que sean de interés para la investigación y que puedan adquirir la condición de sujeto pasivo para la implementación de una determinada diligencia o técnica de investigación, de los que igualmente es necesaria la obtención de su consentimiento, que también tendría la condición de testigo para el proceso penal y que se atendería a las mismas reglas en este sentido que las referidas para la víctima.

Imprescindible resulta el hecho de que el sujeto que ha de soportar la aplicación de alguna de las diligencias mencionadas ofrezca su consentimiento, en el caso de que sea necesario, de acuerdo al principio de Legalidad, pero no el simple acepto o no acepto, sino que debe someterse al acto de investigación bien informado sobre el qué, para qué y sus posibles efectos para la salud si los tuviera, así como los efectos en el proceso. Si se conduce al sujeto que soporta la intervención sin que se le pregunte si está conforme o no con la misma, se está vulnerando uno de los requisitos esenciales de este acto de investigación y de hecho quien la soporta ha dejado de ser sujeto de la investigación con derechos y garantías, para convertirse en su objeto.

Particular importancia reviste la práctica de estos actos de investigación en el caso de los delitos sexuales contra menores, en los que deberán tomarse medidas con respecto al consentimiento para la realización de la intervención, y como solución pasar la protección del menor a las manos del órgano de la Fiscalía quien fungirá como representante legal del menor en el caso que los padres o representantes legales no puedan prestar dicho consentimiento, para este actuar con fines investigativos. Si bien el interés público aconseja en ocasiones la vulneración de alguno de sus derechos, estos no deberán ser obstruidos más allá de límites razonables, de manera que se garantice su menor afectación aun cuando se haga en función de la administración de justicia y dentro de esta para el proceso penal. Se trata de la justa ponderación entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla el sujeto pasivo que la soporta, situación aún pendiente de solución en el ordenamiento jurídico procesal cubano.

Los estudios realizados a partir de la comparación jurídica, aportan que es consenso a nivel internacional que los mecanismos de ordenación y control, han de ser en vía jurisdiccional, los que han denominado de diferentes maneras a los sujetos a cuyo cargo se encuentran, juez de instrucción, juez de garantías o juez de control, otros simplemente un juez. El caso del ordenamiento jurídico procesal cubano no forma parte de tal consenso; es de los menos, de los que comparten la idea de que debe ser facultad de la Fiscalía como órgano responsable de velar por el control de la legalidad.

Si nos detenemos en la lectura del artículo 156 de la Constitución vigente, es la Fiscalía General de la República quien tiene como misión fundamental la de ejercer el control de la investigación penal y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado, así como velar por el estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes, y demás disposiciones legales por los órganos del Estado, las entidades y por los ciudadanos. En un segundo párrafo señala que la ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en la que la Fiscalía ejerce sus facultades.

Lo cierto es que, tras la reforma del proceso penal en Cuba, se estableció que el modelo de control de la investigación imperante sería el del Fiscal, lo cual calzó el contenido de la Ley de leyes en este sentido. Esto se concreta no solo en el artículo 120 de la Ley 143 de 2021, Ley del Proceso Penal, donde se especifica que el Fiscal realiza el control de la investigación penal, sino que se manifiesta en la regulación específica de cada uno de los actos de investigación, donde se le concede al Fiscal la facultad para la autorización, incluso tras la negación del sujeto afectado, para la realización de los mismos.

Por tanto, en nuestro país, confluye en el Fiscal esa triple funcionalidad durante el proceso, o sea, la del ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado, la del control de la legalidad y la del control de la investigación. Ahora bien, ¿resulta este un criterio descabellado? Sabemos que el otorgar a la Fiscalía el control de la investigación penal, que ella misma lleva, es como concederle la facultad de ser Juez y a la vez parte en etapa del proceso, pues debe decidir sobre la justeza de sus propias decisiones o de las decisiones del órgano de instrucción que se supedita a ella. Lógicamente en una misma persona no deberían confluir tales facultades, pues existe el temor de que se vea influenciada por una de ellas. Sin embargo, ello no obsta para que, dentro del propio entramado, exista la confluencia de funciones, no en torno a la misma persona (hablando de un fiscal o departamento dentro de la Fiscalía, específicamente) sino que recaiga sobre personas diferentes. Esta idea, la desarrollaremos más adelante.

Si bien explicábamos que la asunción del mecanismo de control Fiscal no resulta una práctica acogida por la mayoría de los ordenamientos jurídico-procesales, ello no implica que se trate de una opción vedada o irracional, dado que, aun cuando la Fiscalía lleve la parte acusatoria en un proceso, tiene facultades que permiten la incorporación del control de la investigación, como es el control de la legalidad y, en definitiva, se trata de un modelo que ha dado resultado en algunas partes del mundo, implementándose bajo ciertas circunstancias.

IV.- Conclusiones

Queda claro que el mecanismo que se escoja para el control de la investigación penal no es descabellado en dependencia de las circunstancias de su aplicación y de las prácticas en cada país específicamente. Sin embargo, antes de finalizar, debemos referirnos necesariamente al modelo cubano de control, ¿será que está dando resultado, tal como se ha asumido en la actualidad?

La experiencia cubana en materia de control de actos de investigación y de derechos y garantías, no ha sido tan positiva. Contó el ordenamiento procesal cubano, bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, con la presencia de un juez de instrucción en cuanto al cumplimiento de sus roles. Esta institución fue abandonada en la Ley 1251 de 1973, al asignársele la ejecución de los actos de esta etapa procesal a la Policía y al Instructor y su control al Fiscal, formulación que trasciende hasta nuestros días, a partir de la Ley del Proceso Penal, de 2021, pero en este caso con una definición más específica.

Sobre esta última ley la experiencia ha sido poca porque ha transitado apenas un año, no obstante, se vislumbran limitaciones que desde la tácitamente acogida práctica hasta la actualidad están presentes. Por medio de la técnica de Brainwriting aplicada a un conjunto de 80 operadores jurídicos (18 jueces, 22 fiscales, 12 abogados, 9 profesores universitarios y 19 instructores penales), cuyo objetivo consistió en que plasmaran individualmente, en un primer momento, las problemáticas que consideraban padecía el modelo de control Fiscal asumido por Cuba, específicamente en la aplicación de ciertas técnicas y actos de investigación y, en un segundo momento la propuesta de solución de

dichos padecimientos, se pudo conocer que aún es deficiente el mecanismo de control de la investigación penal, dado que:

- No existe un real consentimiento informado en los casos en que es necesario para la aplicación de determinados actos o técnicas de investigación. En algunos casos éste no se valida.
- No existe un mecanismo legal que obligue o fuerce al sujeto sobre el que recaiga la vulneración en el acto de investigación, cuando sea necesaria su anuencia para la realización de ésta, a que se someta a dicho acto.
- Existe poca preparación por parte de los operadores del Derecho en este sentido, pues en ocasiones se dejan llevar por la costumbre o las prácticas habituales, sin tener en cuenta lo preceptuado por la Ley del Proceso Penal.
- Dichos actos y técnicas en la práctica no se utilizan de manera excepcional, puesto que en ocasiones no es necesaria su práctica y se realizan sin control, a partir de una metodología trazada, más allá de la valoración de cada caso específico.
- No está plasmada en la Ley la definición de los presupuestos necesarios para la aplicación específicamente de las técnicas especiales de investigación.
- No se fijan límites de tiempo y espacio en la aplicación de algunos de estos actos y técnicas de investigación, según sea el caso, como en las técnicas especiales de investigación, así como la interceptación de las comunicaciones.

Estas, entre otras problemáticas hacen que el mecanismo de control sea cada vez más complejo de llevar a cabo, teniendo en cuenta que el propio Fiscal, como eje central de la parte investigativa del proceso, se encuentra en una encrucijada poco agradable y compleja de solucionar, sin poder recurrir a alguna figura independiente que le ayude o, en su caso obligue, a asumir un criterio determinado, dirimiendo algún conflicto dado.

En un segundo momento y a raíz de lo anteriormente explicado, también se conoció por parte de los sujetos implicados que debe existir una figura independiente del fiscal que lleva las riendas de la investigación penal, que controle la propia investigación.

Conocemos que la Constitución y las leyes se crean con el objetivo de que rijan por varios años, para que exista determinada estabilidad en la práctica y, por consiguiente, certeza y seguridad jurídicas, de ahí la imposibilidad de realizar en estos momentos cambios en este tipo de normas jurídicas, sobre todo a poco tiempo de su entrada en vigor. Por este motivo, no puede crearse en este momento una nueva Ley, ni puede contradecirse la Ley vigente, creando la figura de un Juez de control a partir de una norma de inferior rango, lo que sí puede hacerse es actuar sobre lo que ya está regulado, o sea, aprovechar la regulación actual para reconfigurar el mecanismo de control de la investigación penal, dentro de la propia Fiscalía.

Actualmente la Fiscalía cuenta con una estructura dinámica, conformada por varios departamentos que tienen misiones específicas para el cumplimiento de todos los cometidos otorgados por la Constitución. Una solución eficaz sería extraer del Departamento de procesos penales, aquel que dirige la investigación, la facultad del control de dicha investigación, para que no confluya en una misma persona esta prerrogativa, y conferirle dicha función a un departamento ya existente o a uno nuevo, dentro de la propia Fiscalía. Podría tratarse, por ejemplo, del Departamento de Control de la Legalidad en establecimientos penitenciarios, cuya función podría expandirse a la general «Control de la legalidad» o podría constituirse una nueva estructura con el nombre «Control de la legalidad en el proceso penal». La denominación es intrascendente a los efectos de esta investigación, lo que sí resulta importante es la función que se deslinda de aquella archiconocida de llevar la acción penal pública, de lo que se desprende el guiar al órgano de instrucción, la función de controlar la investigación.

Lo importante de esta solución es que es factible su puesta en práctica a corto plazo, pues depende de un cambio metodológico en la estructura de la fiscalía, por lo que pasa por una modificación de la normativa interna de la misma, que aún no ha sido modificada en nuestro país.

Asumir la ordenación y control de las intervenciones corporales en vía jurisdiccional durante la fase investigativa, puede ser una aspiración de futuro, pero ello supone profundas trans-

formaciones en la estructura del sistema de administración de justicia en Cuba, y teniendo en cuenta lo preceptuado en la Constitución y la Ley del Proceso Penal no ha sido el camino marcado a transitar, aun y cuando pueda ser una aspiración. Si el mecanismo de control resultara en algún momento inadecuado se puede recurrir a lo preceptuado en su artículo 99, que dispone que cuando una persona se sienta que se le han vulnerados sus derechos y como consecuencia sufre daño o perjuicio, por órganos del Estado, funcionarios, directivos o empleados con motivo de la acción u omisión de sus funciones, tiene derecho a reclamar ante el tribunal la restitución de sus derechos.

Referencias bibliográficas

- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (1ra edición ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Binder, A. (1997). *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Borja Jiménez, E. (2001). *Ensayos de derecho penal y política criminal*. San José Costa Rica: Jurídica continental.
- Cabezudo Bajo, M. J. (enero-abril de 2018). La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. *Revista de Derecho Político*, 143. Obtenido de <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9107>
- Cutie Mustelier, D. (2016). *Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a 40 años de su vigencia en la Constitución cubana: Cuarenta años de vigencia*. La Habana: UNIJURIS.
- De Esteban, J. (1994). *Curso de Derecho Constitucional Español*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Goite Pierre, M. (2013). *Temas de Derecho penal y proceso penal. Desde una perspectiva jurídico penal y contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. La Habana: UNIJURIS.

- Huerta Ochoa, C. (2001). *Mecanismos constitucionales para el control del poder político* (2da Edición ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Linares, J. F. (1989). *Razonabilidad de las leyes; el debido proceso como garantía innominada en la constitución*. Buenos Aires: Astrea.
- Medina Cuenca , A., Salcedo Ortega , E., & Huertas Díaz , O. (mayo de 2017). Debido Proceso e Independencia Judicial en América Latina. *DIXI*. Obtenido de <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1950/2063>
- Mendoza Díaz , J., & Goite Pierre, M. (2020). El debido proceso penal en Cuba. En c. d. autores, *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano* (pág. 184). Madrid: Dykinson.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- Nieto, A. (2007). *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta.
- Núñez Ojeda, R. y. (23, 2017). «La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. algunos problemas.». *Ius et Praxis*, 196.
- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente. (1990). *Directrices sobre la función de los fiscales*. La Habana: ONU doc. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>
- Prieto Sanchiz, L. (2013). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. (e. alemana, Ed., & G. E. Pastor, Trad.) Buenos Aires: Ed. Del Puerto S.R.L.
- Sánchez Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Silva Sánchez, J. M. (1997). *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, en Libro Homenaje a Roxin. Política Criminal y Derecho Penal*. Barcelona: Jose María Bosch.
- Velasquez Velasquez, F. (1986). *El principio de legalidad jurídico penal en el nuevo foro penal*. Bogotá: Temis.

Zambrano Paquel, A. (2013). *Estudios introductorios al Código Integral. Referido al libro segundo del Código de Procedimiento Penal*. Quito: Corporación de Estudios y publicaciones.



6.- EL PROCESO DE AMPARO EN CUBA. VUELTA A LOS JUZGADOS



JOSÉ AUGUSTO OCHOA DEL RÍO

I.- Introducción

Cuba se encuentra inmersa en un agitado y prolongado proceso de reformas de su sistema jurídico. Antes del texto constitucional de 2019, pero sobre todo luego, y como consecuencia lógica del mismo, la dirección del país se ha dado a la tarea de actualizar, reordenar, y en no pocos casos reformar, varias de las principales normativas que regulan materias imprescindibles para el ciudadano y el poder en Cuba.

En este sentido, el debate constitucional puso sobre la mesa, tanto desde el anteproyecto, la consulta popular, hasta los debates de los propios diputados la Asamblea Nacional, la necesidad y posibilidad real de retomar elementos de la llamada justicia constitucional. Finalmente, en el magno texto antes citado se introdujo en el artículo 99, la posibilidad de reclamación judicial de los derechos constitucionales.¹

¹ «Artículo 99. La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por 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, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución

Hay que recordar, que Cuba fue incluso, por su modelo, referencia mundial en este tema, allá por mitad de siglo pasado, a partir del establecimiento de un tribunal constitucional² en la Constitución de 1940, y su posterior regulación sustantiva específica en 1949 (Fernández Bulté y Fernández Estrada, 2009)

Años después, a consideración de este autor, erróneas concepciones políticas llevadas al campo del Derecho, más una herencia jurídica, en ciertos casos, nada favorables al prestigio de aquella corte, hicieron que desde 1973 fuese imposible, desde el punto de vista judicial, reclamar derechos constitucionales, al menos con un proceso elaborado específicamente para ello. A esto debemos sumar que en la década de los 90 también se eliminó la posibilidad de atacar la inconstitucionalidad de una normativa o precepto inferior a la constitución, por lo que ciertamente, desde el punto de vista jurídico al menos, no había en la nación posibilidad alguna de controlar la ley de leyes.³

Aunque prorrogado el proyecto por dos veces, en este año 2022, finalmente se aprueba la ley, que se publica y entra en vigor el 15 de julio del presente. No podemos menos que aplaudir la buena nueva, pero también examinarla con la lupa del pasado y de los retos que se vienen para el sistema todo.

En la exposición de motivos de dicho proyecto se decía que para su elaboración: «fueron consultados textos y legislaciones

de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización. La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento». Constitución de la República de Cuba del 10 de abril de 2019.

² Que en la práctica funcionaba como sala.

³ Sobre este tema, quizá la piedra angular de toda la investigación que ha realizado el autor se pueden revisar las siguientes publicaciones: «El Control Constitucional. Caso Cuba». *Revista Contribución a las Ciencias Sociales*. Universidad de Málaga 2010. «Las Garantías Legales en Cuba. Bases para su Perfeccionamiento». *Revista de Investigación Jurídica. AVANCES*. No. 10 (12). Cajamarca, Perú. «Retos del Derecho Constitucional cubano actual». *Revista de Investigación Jurídica. AVANCES*. No. 5 (72). 2016. «Constitución y Teoría del Derecho. Deudas pendientes» en Bruzón Viltres, Carlos (Coord.) *Derecho Cubano en contexto*. Edit. Universitaria. Granma, 2017. ISBN: 978-959-16-3302-6.

de esta materia en el entorno latinoamericano y europeo, y, asimismo, los antecedentes nacionales», sin embargo, en la propuesta y la ley en si ya en vigor, adolece de parquedad, siendo un texto extremadamente sencillo y que deja muchas lagunas al operador del Derecho.

A este fin se define como **objetivo** valorar la experiencia pasada nacional para determinar los retos del sistema en cuanto al proceso de amparo constitucional.

II.- Breves consideraciones sobre el Amparo. Antecedentes

Consideramos necesario, aunque sea en unas pocas notas, abordar las características del proceso de amparo, desconocido para una buena parte de los juristas cubanos que ejercen en la actualidad.

El juicio o proceso de amparo, nace como tal, en México, esbozado por primera vez en la Constitución estatal de Yucatán de 1841. Unos años después se regula en la Constitución Federal de 1857, y finalmente dicho país la incluye en su significativo texto de 1917. Muchos autores coinciden que este ha sido el aporte de México al derecho mundial (Landa, 2011)

Les cabe a Manuel Crescencio García Rejón y Mariano Otero, en distintos momentos, pero cercanos en tiempo y espacio, introducir esta institución en respectivos cuerpos legales (Rejón en el 41, y Otero en al Acta de Reforma de 1847) aunque lamentablemente ninguno de los dos lo pudo ver en la Constitución Federal (1857) pues ambos fallecieron antes.

Posteriormente muchas legislaciones latinoamericanas han hecho uso de la institución, y en la contemporaneidad, son varios países los que, de una forma u otra, tienen normas incluso específicas, que regulan dicha posibilidad o garantía ciudadana. Por otra parte, el derecho europeo empezó a darle importancia a partir de la posguerra, y su reflejo real y de cierta forma, generalizado estuvo en las constituciones de finales de los 40 y años 50 del siglo pasado (Ordóñez Solís, 2007)

Actualmente el amparo, se constituye como «...una acción o un recurso, que tutela los derechos constitucionales del ciudadano y a la vez a la Constitución, y del que conoce y falla o bien

un tribunal específico como un Tribunal Constitucional, Corte Suprema o un juez tribunal ordinario, según lo dispuesto en la legislación procesal de cada país» (Sagües, 2007, p. 45)

Asimismo, la doctrina lo diferencia de la declaración de inconstitucionalidad, la cual, si bien puede ir implícita en la petición, sería en sí un accesorio de esta por su naturaleza, pues la esencia del amparo es la protección del ciudadano. En el caso mexicano, además, se distingue el amparo directo del indirecto, reservando el primero para revisar la legalidad y/o constitucionalidad de una sentencia dictada por un tribunal ordinario (Góngora Pimentel, 2003)

Igualmente, interesante es el debate sobre si el amparo es un recurso, un proceso, una acción, o un juicio, o sea sobre su propia naturaleza jurídica; y en este mismo sentido, cada país ha adoptado en sus legislaciones nacionales diferentes nomenclaturas, a saber: México 1917 (Juicio de Amparo), Perú 1993 (Acción de Amparo), Colombia 1991 (Acción de Tutela), Brasil 1988 (Mandado de Segurança. Ley Federal 2009), Argentina 1994 (Acción de Amparo), Chile 1980 (Recurso de Protección) y Venezuela 1999 (Acción de Amparo).

En el derecho internacional por su parte esta institución se estableció desde 1948, con su figura en la Declaración Americana, Artículo XVIII, y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Artículo 8, que establecen la necesidad de que los países reconozcan en sus ordenamientos un procedimiento sencillo y breve que ampare a los particulares contra la violación de los derechos fundamentales. El Pacto internacional de las Naciones Unidas en 1966, sobre Derechos Civiles y Políticos, de manera genérica, se refiere a que los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, y cualquier persona puede interponer un recurso efectivo, según su Artículo 2, fracción tercera (Fernández Segado, 2006, p. 67)

III.- Análisis normativo en Cuba

El derecho patrio no ha estado ajeno, como ya sabemos al llamado derecho procesal constitucional. En fecha tan lejana como el 1901 la constitución regulaba que el Recurso de Inconstitucionalidad de las leyes u otras disposiciones, instrumentado

ante el Tribunal Supremo, solo podía ser por la parte afectada (artículo 83.4), aunque la naturaleza de dicho recurso era atacar la ley inconstitucional y no restituir el derecho violado (Mantilla, 2009)

Posteriormente en 1903, la Ley de Inconstitucionalidad, siguiendo con la misma idea declara que:

«Si cualquiera de las partes sostuviere ó alegare, la inconstitucionalidad de una Ley, Decreto, ó Reglamento, el Juez ó Tribunal llamado á fallar dicho juicio se abstendrá de dictar resolución sobre ese extremo, y las partes podrán interponer el recurso de casación ó apelación ante el Tribunal Supremo...» (Mantilla, 2009, p. 39)

En 1934 en la Ley de Constitucionalidad se incorpora la acción pública de inconstitucionalidad declarando que «...a petición de parte afectada o a solicitud suscrita por no menos de veinticinco ciudadanos que estén en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos». Hasta que finalmente en 1940 se establece un sistema que recogía en el Tribunal Supremo de la Nación, con el nombre de Tribunal Constitucional, las demandas:

- Por los interesados en los juicios, causas o negocios de que conozcan la jurisdicción ordinaria y las especiales.
- Por veinticinco ciudadanos que justifiquen su condición de tales.
- Por la persona a quien afecte la disposición que se estime inconstitucional.

Interesante es también analizar como la jurisprudencia delimitó los bordes de la institución en más de una ocasión. Destacan en este sentido la sentencia No. 6 de 21-4-1915: «para la procedencia del recurso relativo a inconstitucionalidad de Leyes, Decretos o Reglamentos, es requisito necesario que en la resolución recurrida se haya hecho aplicación de la Ley, Decreto o Reglamento.» Dejando claro la necesidad de la aplicación y de parte afectada para admitir el recurso.

También la sentencia No. 66, de 27-9-1940:

«Existe sustancial diferencia entre los recursos de parte afectada y los de acción pública, cuya naturaleza, origen, finalidad y regulación constitucional son por completo diversas, los de acción pública pueden intentarse en cualquier tiempo y no miran a la revocación de la disposición atacada, ni a la reparación de ningún agravio concreto, sino a la anulación genérica y absoluta» (Mantilla, 2009)

Como ya comentamos y referimos, dicho sistema desaparece en 1973 con la Ley de organización de los Tribunales. No cabe duda que su golpe de efecto se lo asestó la decisión relacionada con el golpe de estado de 1952.

Como se puede observar esta posibilidad fue variando con el tiempo, y ampliándose en sí esta garantía, hasta la Constitución de 1940, que no es objetivo analizar aquí pero que, sin dudas fue paradigma en la formulación de esta institución, aunque nunca bajo esta denominación y características.

Luego en la carta constitucional de 1976 se establece, en lectura indirecta, el principio de control difuso de la Constitución, pero desaparece el Tribunal Constitucional. Con evidente apego a los modelos entonces existentes en Europa Oriental, en gran medida se hace descansar la defensa, no solo de la Constitución, sino de toda la Legalidad, en la Fiscalía General de la República⁴, como lo había hecho el constitucionalismo soviético con la Procuraduría.

⁴ La Fiscalía, de oficio y a instancias de parte afectada, investiga las denuncias presentadas por violación de la legalidad y lesiones de derechos, verifica el cumplimiento de la ley por los órganos y organismos del Estado e instituciones. Si se detecta que ha habido violación de la legalidad, emite una Resolución en la que con carácter obligatorio, dispone el restablecimiento de la legalidad transgredida, y la envía a la entidad vulneradora, la cual de considerarlo tiene derecho a apelar ante el superior jerárquico del Fiscal que ha emitido la resolución. Tiene la Fiscalía, además, ante el incumplimiento de su Resolución, la facultad legal de dirigirse al superior jerárquico de la entidad administrativa, para que el primero exija el restablecimiento de la ley y en caso extremo y aunque la ley no lo prevé, amparado en el Código Penal, puede incoar proceso penal por desobediencia contra el funcionario o dirigente de la entidad administrativa responsable de la violación de la legalidad que habiendo recibido la Resolución fiscal no la cumple.

Sin embargo, dicha defensa constitucional, se ha dicho muchas veces, es poco enérgica, no se ve cómo alcanza imperio *erga omnes*. La defensa constitucional de la Fiscalía es difícil, desprovista de mecanismos eficaces de autoridad.

La otra variante, el recurso de constitucionalidad ante la Asamblea Nacional del Poder Popular como órgano supremo del poder del Estado y único con potestad legislativa, quién es el encargado además por la Constitución, de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones legales, desapareció en 1994 con la actualización del reglamento de la Asamblea. Es por eso que la forma de control de la constitucionalidad de las leyes se realiza a través de un control político parlamentario centralizado.

De ahí su principal problema, ya que la Asamblea Nacional sería en este caso juez y parte en el proceso. Por esa razón la Dr. Martha Prieto expresa que en este sistema se «transforma en juez a quien es parte única en el proceso legislativo» (1997, p.89)

IV.- La vuelta a los juzgados de la Constitución

Hay que señalar que el primer acierto fue incluir, por primera vez en el constitucionalismo pos59 el principio de supremacía constitucional. Así en su Artículo 7 se dice que «La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado». Luego en la actualidad se retoma la institución de la inconstitucionalidad, aunque se vuelve a colocar dicha potestad, de declararla, en la Asamblea Nacional del Poder Popular, regulada dicha acción en la Ley 131 de enero del 2020 sobre la Organización y Funcionamiento de la ANPP y el Consejo de Estado.

Por otra parte, la ley de amparo mencionada, Ley 153 del 15 de julio 2022, propone regular dicha institución como un proceso, y a grandes rasgos, regula en 3 títulos y 44 artículos, lo relativo a la Jurisdicción y Competencia, la Integración del tribunal, y las particularidades del proceso.

Destaca la formulación del artículo 5.2: «Corresponde a los tribunales de esta jurisdicción conocer de las demandas que se establezcan por la vulneración de los derechos consagrados en la Constitución de la República, que no tengan una vía de defensa propia en procesos judiciales de otra materia; salvo que,

por la trascendencia jurídico social de la vulneración alegada, requiera de una actuación urgente y preferente.» En cuanto a la posibilidad abierta de excepción de atacar una vulneración ya decidida en otro tribunal o sala.

También nos parece, coherente con el sistema refrendado en otras normas (Ley 131 por ejemplo) la redacción y propuesta del artículo Artículo 7. «Los tribunales están obligados a resolver, inexorablemente, los asuntos que se les presenten, aun cuando en ellos aprecien la existencia de una disposición normativa que se contraponga a la Constitución de la República, de forma total o parcial, sin perjuicio de comunicarlo al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular al efecto de que este, de estimarlo pertinente, promueva, ante el órgano correspondiente, la suspensión, revocación, modificación o declaración de inconstitucionalidad de aquella, conforme a lo establecido en la ley».

En sentido general, las características del proceso en sí son las siguientes:

1. Puede ser promovido por las personas agraviadas y por el fiscal, en este último caso cuando se lesionen los intereses públicos.
2. El tribunal confiere traslado al fiscal en todos los casos a los efectos procedentes.
3. Los plazos son breves y el tribunal puede, si es necesario convocar a una audiencia, para los actos de alegación, de práctica de pruebas y de conclusiones, en atención al mandato constitucional de que el proceso sea expedito y concentrado.
4. El tribunal, de acuerdo con las características del asunto, puede disponer medidas cautelares para el aseguramiento del proceso.
5. La sentencia se cumple inmediatamente, con independencia del recurso que se establezca en su contra, salvo en aquellos casos en los que su ejecución anticipada pueda causar un perjuicio imposible de revertir si es revocada por el tribunal de segunda instancia.

Destacar por último la condición de supletorio del recién estrenado Código de los Procesos y la Ley de los Tribunales. Si cabe, una complejidad superior para los operadores del Derecho,

pues estas normas han introducido maneras de hacer e instituciones que anteriormente no tenían un tratamiento efectivo en el sistema judicial del país.

VI.- Retos a la vista. A manera de conclusiones

Sin lugar a dudas, y aun sin tener a mano estadísticas ningunas con respecto al proceso en sí, ha sido un logro la regulación de esta institución.

Hay varias cuestiones que suscitan dudas, referidas a lo discutible de la interpretación de la palabra *indebida* en el artículo 99 constitucional, y 1 de la propia Ley⁵, la imposibilidad de atacar ciertas decisiones⁶, o cuestiones procesales no resueltas en la ley⁷; y otras que será la doctrina cubana la encargada de ir develando, en la medida que la Institución en sí, se desarrolle en su práctica judicial.

Amén de todo esto, dos cuestiones nos parecen esenciales para cerrar esta aproximación. La primera la posibilidad y necesidad, de integración, por primera vez en mucho tiempo, y de manera efectiva, de los preceptos constitucionales con las nomas sustantivas y adjetivas del resto del ordenamiento. Decimos de manera efectiva porque en ocasiones los jueces consideran que invocar la constitución, es aplicarla, cosa que la doctrina ha dejado claro en sus diferencias.

5 Salvo, que no sea necesaria la declaración del superior jerárquico, de que dicha acción u omisión fue indebida, que lamentablemente es costumbre en nuestra práctica jurídica y judicial.

6 Excluye las reclamaciones relativas a la defensa y la seguridad nacional, y las medidas adoptadas en situaciones excepcionales y de desastre para salvaguardar la independencia, la paz y la seguridad del país. Asumiendo, erróneamente en nuestra opinión, que dichas medidas siempre serán correctas. En este caso se difiere, pues, si bien en situación excepcional y demás ciertos derechos se restringen, lo cierto es que dichas restricciones deben venir declaradas en una disposición emitida al efecto por el órgano competente. Y nada quita que, una vez que haya cesado la situación excepcional, un ciudadano se pueda ver dañado en una acción u omisión estatal, no declarada.

7 Por ejemplo, si la parte afectada no es una persona, sino una comunidad, ¿sería un solo proceso?, ¿podieran contratar abogado cada uno de los miembros de la comunidad?

La Constitución cubana, hasta el día de hoy, es asunto de academia, pero cada día más será necesario que los operadores del Derecho hagan de ella, como de otras normas y disposiciones, uso diario en su cotidianidad. Ello requiere el estudio, no solo de los postulados de la norma en sí, sino de todo el entramado de principios y valores que contiene.

Nótese que, como pocas disposiciones, la Ley 153/2022 «Del Proceso de Amparo de los Derechos

Constitucionales», es una disposición adjetiva directa de la Constitución. Pues en su seno está el precepto autorizante, más todo lo referido al proceso que debe discurrir para resarcir el derecho violentado.

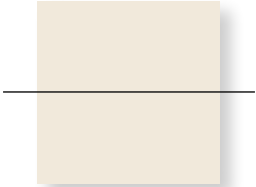
La segunda cuestión es la posibilidad de un control, a instancia de parte afectada al menos⁸, del actuar de la administración y los actos de gobierno. Esta circunstancia es esencial, para que realmente hablemos de un Estado de Derecho, en donde las garantías del ciudadano estén refrendadas, no solo en el texto, sino en leyes de desarrollo eficaces y efectivas.

Referencias bibliográficas

- Fernández Bulté, Julio y Fernández Estrada, Julio Antonio. (2009) «La constitución de 1940 desde nuestra perspectiva actual». En *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*. Mantilla Correa, Andry (coordinador) Editorial Ciencias Sociales.
- Fernández Segado, F. (2006) *Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del voto particular de Don Mariano Otero*. Editorial, Porrúa, México, D.F.
- Góngora Pimentel, Genaro. (2003) *Introducción al estudio del juicio de amparo*. México, D.F.: Porrúa. ISBN 970-07-3794-2.
- Hernández Rodríguez, Rufina de la Caridad (2019) *El amparo constitucional. Herramienta catalizadora de la función judicial en la nueva Constitución cubana*. Cadernos de Direito Actual N° 12.

⁸ Consideramos que en un futuro pudiera también ampliarse a la acción pública, y a la afectación potencial.

- Núm. Ordinario (2019), pp. 194-226 ·ISSN 2340-860X--ISSNe 2386-5229.
- Landa, Cesar. (2011) *El proceso de Amparo en América Latina*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XVII, Montevideo, PP. 207-226, ISSN 1510-4974.
- Prieto Valdés, Martha. (1997) *El control de la constitucionalidad de las leyes y actos. Sus formas en Estados Unidos y Cuba*. Revista Cubana de Derecho No. 12 Editorial Si-mar S.A. La Habana.
- Ordóñez Solís, David. (2007) *El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática*. 1era edición. Escuela Nacional de la Judicatura, 2007. Colección General ISBN 978-9945-425-11-6
- Sagües, Néstor P. (2007) *La Acción de Amparo*. 5ª Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea ISBN 978-950-508-762-4.
- Suarez Díaz, Ana. (Compiladora). *Retrospección crítica de la Asamblea Constituyente de 1940*. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 2011.



7.- EL PROCESO ADMINISTRATIVO, ESLABÓN ESENCIAL PARA LA DINÁMICA DEL ESTADO SOCIALISTA DE DERECHO EN CUBA



GRETHEL ARIAS GAYOSO

«No es exacto que una buena Administración pueda sustituir una ausencia de Política, o que todo el problema del Estado de Derecho pueda ser reducido a un problema de justicia administrativa, como alguna vez se ha pretendido, pero, sí lo es, sin embargo, que sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada.»

E. García de Enterría.

«La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, p oderes normativos)», 1962.

I.- Preliminares

Cuando en 2019 resultaba aprobado el Texto constitucional cubano que sustituía a la Constitución de 1976, una profunda voráGINE legislativa se cernía sobre el sistema jurídico de la isla. En algunos ámbitos, con relativa profundidad; en otros, con

una intensidad tal que removería los cimientos de lo que durante décadas había sostenido a las ramas jurídicas involucradas.

A nuestro entender, uno de los elementos más significativos introducidos por el nuevo texto constitucional, lo constituiría el reconocimiento del Estado Socialista de Derecho, una categoría indispensable para reforzar la juridicidad de la actuación de los órganos estatales. Si bien el principio de legalidad habría quedado reconocido en la Constitución precedente, el tema del control judicial a las actuaciones administrativas habría sido uno de los puntos ciegos del sistema.

En este orden, y como resultado del torrente legislativo antes aludido, uno de los escenarios en los cuales las transformaciones normativas representaron una profunda trasmutación, sería el ámbito administrativo. De esta manera se acogía una legislación que sustituyó a las disposiciones de la Ley No. 7, de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, por la objetiva explicación de que sus normas ya no se ajustaban al nuevo marco constitucional, ni se alzaban como mecanismo de control suficientemente eficaz sobre la actuación administrativa – sino que representaban un control sesgado por interpretaciones arcaicas respecto a las instituciones administrativas – y tampoco aseguraban la tutela de los derechos de los administrados.

La justicia constitucional, debe erigirse, en este escenario, como un verdadero sistema que verifique el respeto de la ley a la Constitución. La norma suprema, reconoce un catálogo de derechos, que lejos de promover el «empoderamiento» administrativo, equilibran la balanza entre la Administración y los administrados. Precisamente, la Ley de Proceso administrativo representa un eslabón esencial para la dinámica del Estado Socialista de Derecho, y consecuentemente, para la articulación de un efectivo sistema de justicia constitucional.

II.- Constitución, Estado Socialista de Derecho y Administración Pública en Cuba

Para cualquier actuación administrativa el Derecho constituye un límite a su ejercicio, en plena concordancia y con la manifestación directa que asume el principio de legalidad. El

profesor Blasco Esteve al prologar la obra *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*, afirmaba:

«En efecto, en cualquier Estado de Derecho –incluso con un sistema de legalidad socialista como el cubano–, el ordenamiento jurídico debe regir la actuación de todos los poderes públicos, incluso cuando permita ciertos márgenes de libre decisión a la Administración como son los correspondientes a su actuación discrecional. Y esta actuación debe poder ser revisada y, en su caso, anulada no sólo por los órganos superiores –como manifestación del principio de jerarquía–, sino también por órganos externos y ajenos a la estructura administrativa, como son los órganos judiciales. Esta es, a mi juicio, la auténtica garantía del Estado de Derecho». (Arias Gayoso, 2015)

No se vislumbraba aún, en aquel momento, el reconocimiento del Estado Socialista de Derecho, y los aportes de Elías Díaz, en la concepción de sus pilares básicos: imperio de la ley; división de poderes; fiscalización de la Administración; protección de derechos y libertades fundamentales (Díaz García, 2001-2002). Siendo así, el control de la actividad del Estado, en su interrelación con los presupuestos teórico-jurídicos que la orientan, ha constituido un imperativo para su perfeccionamiento y una garantía jurídica para los ciudadanos. De esta relación no escapa el ámbito de actuación administrativa – como fracción jurídica de la actividad estatal – quedando reconocido en igual sentido, el control del desempeño de la Administración Pública.

Obviamente, conocer la concepción que sigue la estructura del Estado cubano nos hará reflexionar sobre una «autóctona» manera de concebir el Estado de Derecho al incorporar el término «socialista», con lo cual queda desplazada la idea de la División de Poderes – como uno de los originarios imperativos de la doctrina – por la de Unidad de Poder, ponderada por el reforzamiento de los restantes elementos. De lo anterior se deduce que el proceso de transformación de la Administración Pública cubana ha llegado a un punto al cual se espera el reforzamiento de los controles y el imperio del principio de legalidad. El cual se reformula con el reconocimiento expreso del valor superior de la Constitución, así reconocido en el Artículo 7 y consolidado en

los artículos 9 y 10; ya no sólo como correlatos del principio de legalidad, sino también como principio de control, reforzando las fórmulas del control popular, base de todo el sistema.

Introducirse en el espacio administrativo hace significar un conjunto de instituciones que acaparan la atención de teóricos y operadores del Derecho. El rol determinante de la Administración Pública en la consecución del interés público magnifica cualquier intento de hacer pasar por inadvertido alguno de los campos en que se desarrolla. Dentro de esas instituciones – claves para el actuar administrativo – acoge una marcada importancia la potestad discrecional de la Administración Pública; no sólo por su necesaria presencia para la dinamicidad de la actuación administrativa, sino por el régimen en que se establece su ejercicio con respecto a los administrados y las posibilidades o no de su control; de este tema nos ocuparemos más adelante.

A nuestro entender, el primer elemento novedoso y profundamente radical – por sus implicaciones posteriores – que incorporó el texto constitucional cubano de 2019 es el reconocimiento, en el Artículo 1, de Cuba, como un «Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano (...)» (Constitución de la República de Cuba, Tabloide, 2019). Si bien se mantienen elementos de la redacción precedente, se destaca el reconocimiento del Estado socialista de derecho, y lo que ello implica para la Administración pública cubana. Una Administración que hasta entonces había preservado áreas de inmunidad, ajenos a las variantes de control establecidas en el ordenamiento jurídico (Arias Gayoso, 2015), con un llamado al reconocimiento de espacios relacionados entre la amplia abertura a la discrecionalidad administrativa, la impunidad y las evidentes manifestaciones de corrupción (El papel del jurista en el fortalecimiento de la institucionalidad y en la actualización del modelo económico cubano. Documentos preparatorios para su discusión en el VI Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2011), que ha constituido el llamado más inminente a hacer prevalecer la legalidad y la ética en la actuación de la Administración.

De todo lo anterior se colige que el proceso de reforma constitucional no fue, ni será, exclusivamente, un proceso de reforma

al texto de la Constitución, sino que es —y deberá ser— conforme al imperio del principio de legalidad, un proceso de reforma del ordenamiento jurídico cubano.

-Administración Pública y derechos (léase: protección de derechos y libertades fundamentales)

La Administración Pública representa el halo del Estado en las más variadas aristas de la vida social; con lo cual no puede escapar de sus obligaciones frente al reconocimiento de un importante número de derechos y sus garantías —ya sean jurídicas, procesales o materiales—.

En este orden, el artículo 42 despunta como límite para el posible trato discriminatorio por las autoridades, por lo que, en lo adelante, las disposiciones administrativas habrán de respetar el mandato constitucional y atemperarse a él:

Artículo 42. Todas las personas son iguales ante la ley, 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, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana. Todas tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicios. Asimismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna. La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley. (Constitución de la República de Cuba, Tabloide, 2019)

Como derivación, el nuevo texto reconoce que «El ejercicio de los derechos de las personas solo está limitado por los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes». En la comprensión moderna de las funciones de la Administración Pública no sería preciso aclarar que tanto la seguridad colectiva, el bienestar general y el respeto al orden público, constituyen la teleología de su diario quehacer, reconociendo a sus órganos como garantes para el ejercicio de los derechos reconocidos.

La ampliación del catálogo de derechos, impone, al Estado, y a la Administración, la reformulación de los procedimientos garantistas hasta ahora establecidos. No sólo como elemento de garantía formal, sino también material. Siendo así, vale significar la obligación prevista como correlato del derecho a información previsto en el artículo 53, que servirá de sostén al principio de transparencia administrativa.

Cabe resaltar el reconocimiento de un conjunto de derechos que precisan de la incidencia directa del Estado como proveedor de garantías materiales para su adecuado ejercicio; pero tal y como hemos significado la personificación de logra a través del sistema de órganos administrativos concebidos para la gestión de la educación (art. 73), la práctica del deporte (art. 74), el disfrute del medio ambiente (art. 75), el derecho al agua (art. 76), el consumo de bienes y servicios de calidad (art. 77 y 78), el derecho a la cultura (art. 79), la protección a las personas con discapacidad (art. 89).

Todo este ámbito de protección no se reduce al conjunto de garantías materiales ya referidas, sino también al reconocimiento de un sistema, en que, resulta novedoso la afirmación del debido proceso no sólo en el ámbito judicial, sino también en el administrativo. Este último, huérfano de garantías formales legalmente establecidas, y en lo sucesivo se refuerza la directa aplicabilidad de la letra constitucional cuando de debido proceso administrativo se trate. La disposición que viabiliza la posibilidad de interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativos que correspondan (art. 94f), abre el diapasón del derecho a la defensa y apertura la revisión a los disímiles procedimientos administrativos que durante años cercenó la vía judicial bajo la obsoleta – pero recurrida – disposición administrativa: «contra lo resuelto no cabe recurso alguno en la vía administrativa, ni en la judicial».

El acceso a los registros, a la información de carácter público, a la rectificación de datos, constituyen a su vez, elementos novedosos, que precisarán del perfeccionamiento de la actividad administrativa hasta ahora en ejecución.

III.- Estado Socialista de Derecho, Administración Pública y Ley del Proceso administrativo

El control de la actividad administrativa, como puntal para la concepción del Estado de Derecho, mantuvo, durante años, espacios marcadamente conservadores. El llamado a la necesidad de reformulación de los mecanismos de control de la actuación administrativa derivada del ejercicio de la potestad discrecional en Cuba se convirtió en un ideal que parecía cada vez más alejado. Desde 1917 se alzaron las primeras voces de reconocimiento a la imperiosidad de reformulación de nuestro contencioso-administrativo, en términos de «urgentísima», como proceder que permitiera reconvertir y otorgar el verdadero papel a los órganos judiciales en un régimen de legalidad (Del Cueto, 1917). Casi cuatro décadas más tarde, Álvarez Tabío continuaba aquel llamado (Álvarez Tabío, 1954), extendiendo su influjo y trascendencia al ámbito de los derechos de los ciudadanos, y a 2014 se mantenía como una imperiosa necesidad (Arias Gayoso, 2015).

A grandes rasgos, ¿cuál fue el decurso histórico de las normas reguladoras del proceso contencioso en Cuba? La Ley de 13 septiembre de 1888, Ley de procedimiento contencioso-administrativo, establecía en su artículo 4 las cuestiones que no corresponderían al conocimiento de los Tribunales en lo contencioso-administrativo, formulando en el primero de sus incisos: «las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales proceden, ó de la materia sobre que versen, se refieran á la potestad discrecional» (*sic*) (Betancourt, 1916).

En correspondencia, el Reglamento de dicha Ley, aprobado mediante Real Decreto de fecha 29 de diciembre de 1890 (Segura y Cabrera, 1894), con mandato de publicación en Cuba por Real Orden de 4 de abril de 1891, señalando su cumplimiento en 25 de abril de 1891, establecía el procedimiento para la sustanciación de los asuntos de lo contencioso-administrativo y sus incidentes y regulaba en su artículo 4 los asuntos excluidos de dicho control:

«1º. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan ó de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político, ó de gobierno, y las disposiciones de carácter general

relativas á la salud é higiene públicas, al orden público y á la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho á las indemnizaciones á que puedan dar lugar tales disposiciones.

2º. Las resoluciones denegatorias de concesiones de toda especie que se soliciten a la Administración, salvo lo dispuesto en contrario por leyes especiales.

3º. Las que nieguen ó regulan las gratificaciones ó emolumentos, no prefijados por una ley ó reglamento, á los funcionarios públicos que presentes servicios especiales»(sic) (Betancourt, 1916).

Este Reglamento determinó un sistema de *lista* como método para referenciar los asuntos atinentes al ejercicio de la potestad discrecional, incluía los denominados *actos políticos* o *de Gobierno*, que han quedado excluidos del ámbito de apreciación discrecional para configurar una especie propia dentro del subsistema administrativo, quedando reservados al Gobierno en la esfera de ejercicio de sus poderes constitucionales. Los actos discrecionales quedaban en la esfera de control esencialmente gubernativo. Su posible fiscalización en sede judicial discrepaba con la propia naturaleza atribuida a esta modalidad de actuaciones, manteniendo en el perímetro de la Administración el reexamen de dichas cuestiones, por entender que sólo la autoridad de la cual emanaban podía conocer su extensión y por tanto, apreciarlas. Apartarse de esos límites implicaba, también, administrar.

Sin sustanciales modificaciones se mantuvo el sostén que limitaba las posibilidades de examinar en el ámbito judicial un gran número de actuaciones administrativas. El triunfo revolucionario trajo consigo la revisión y actualización de la legislación cubana, con vistas a dotar al nascente sistema de un ordenamiento jurídico que respondiera a los nuevos principios e intereses. En este particular, no acontecieron modificaciones, y su proyección se frenaría ante los pronunciamientos de desconfianza sobre las posibilidades de fiscalización por parte de los órganos de justicia sobre la actividad estatal, reconociéndose con ello espacios de inmunidad a la Administración avalados por su apreciación de los móviles políticos (Dorticós, 1974).

«(...) y si acaso no asoma aquí el peligro de que a pesar de nuestra concepción teórica pueda emerger, sin quererlo, inconscientemente, un tribunal de justicia – aún sin proponérselo – comenzar a controlar jurisdiccionalmente la actividad estatal, lo cual equivale de nuevo a la creación de un poder judicial sobre el poder estatal, después que nos hemos cansado y agotado de proclamar que sólo existe un poder, que es el poder revolucionario del Estado, y esto puede ocurrir por muy revolucionarios que sean inclusive los integrantes de los tribunales, sino nos percatamos de un riesgo de esta naturaleza».

En este sentido, acudía como justificante el principio de unidad de poder, y si bien es cierta la indivisibilidad del poder político, también lo es su manifestación a partir de las diferentes funciones estatales. Para cualquier supuesto, el Derecho constituye límite a su ejercicio, en plena concordancia y con la manifestación directa que asume el principio de legalidad (Fernández Bulté, 2002).

No es nuestro objetivo detenernos con profundidad en el análisis del contenido de las normas que regularon la manera en que la Administración enfrentaba posibilidades de control ajeno al propio. Baste resumir un tratamiento perdurable de imposibilidad mayoritaria. La Ley 1261 de 1974 en concordancia con las posiciones políticas asumidas y ya referidas, no mostró sustancias modificaciones, y en un aspecto tan sensible como el referido a la discrecionalidad administrativa, mantuvo su exclusión de conocimiento en su artículo 669 apartado b).

Con posterioridad a la promulgación de esta norma se retoma el proceso de actualización normativa. La legislación en materia de procedimiento administrativo resultó objeto de análisis, pero sólo se extendía su estudio a los supuestos de la actividad del Estado en el derecho privado y las posibilidades de establecimiento de una jurisdicción de arbitraje para ventilar los conflictos consecuencia de las relaciones económicas entre las empresas estatales, nada referente al control en sede judicial y sus posibilidades de ampliación (Ministerio de Justicia, 1976).

Resultado de esta actividad de actualización sucede la Ley No. 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo

y Laboral; sin mayores transformaciones en el ámbito de lo administrativo.

Sin embargo, y paulatinamente, en el período de vigencia de dicha ley, la doctrina cubana fue afianzándose a partir del desarrollo de investigaciones jurídicas que fueron generando un cambio de actitud de los propios operadores jurídicos. Tal es así, que la postura del juez cubano se fue perpetuando hacia la necesaria fiscalización de la actividad administrativa. Con las debilidades que hasta hoy sufren y sufrían muchas de las normas jurídicas en esta materia, cerrando, con tendencia suicida, las posibilidades de acceso a la vía judicial – hoy con una perspectiva diferente –, se volvieron cada vez más frecuentes los litigios en materia aduanera, y los tradicionales de vivienda.

Todo lo anterior, también motivado por las falencias normativas: la inexistencia de preceptos que conminaran a la Administración a motivar, justificar y argumentar sus decisiones fue, en buena parte, un elemento que propició la inconformidad del administrado.

Ciertamente, el control judicial constituye un eslabón esencial en la cadena de mecanismos fiscalizadores de la actividad de la Administración, consagrándose no sólo como mecanismo de protección al administrado, sino como garantía para su funcionalidad y para el Derecho Administrativo. Si bien no el único, sí es aquel por el cual la Administración es sometida a un régimen procesal de igualdad frente al administrado, al que se le ofrece la máxima garantía. Se convierte en un mecanismo de reducción del poder de la Administración a los límites jurídicos que delimitan su actuación, ampliando las garantías del administrado frente al ejercicio de las potestades, facilitándole la posibilidad de oponerse a lo actuado por el órgano administrativo, con la respuesta judicial sobre la legalidad o ilegalidad de su conducta. La decisión judicial previene de excesos o bien ofrece una solución al interés particular lesionado obligando a la Administración a reorientar su actuación dentro de los márgenes que el ordenamiento le permite.

No se trata de encerrar a la Administración en un régimen de control que le impida el margen de libertad que puede precisar en

la gestión de los asuntos públicos, fundamentado en el ejercicio de potestades como la discrecional. La solución debe alternar entre ofrecer al administrado los medios para corregir el actuar administrativo cuando sea preciso, y el respeto al ámbito de la decisión, este último dependerá en gran medida de la profundidad del control que se realice en virtud de las técnicas empleadas.

En consecuencia, la apertura de la vía judicial como mecanismo de control de las actuaciones de la Administración Pública, resultaba ya de una urgencia absoluta; constituía una fórmula de garantía a los administrados frente al ejercicio del poder administrativo. Se trataba de someter a la Administración a un contralor externo, imparcial, en un régimen de igualdad formal, y en la mayor medida real y procesal. La función del juez no consiste en suplantar a la Administración en la toma de la decisión; sino, desde su postura como intérprete y aplicador de la norma jurídica al caso concreto, evaluar si la decisión, o la opción seleccionada por la Administración, se ajusta a los estándares del ordenamiento jurídico.

IV.- La ley del Proceso administrativo

Sin duda alguna, de todo el proceso legislativo posterior a la Constitución de 2019, la Ley de Proceso Administrativo, Ley No. 142 de 2021 (LPA) resume muchas de las más importantes transformaciones en la manera de concebir y aplicar el Derecho en Cuba. Esta Ley, representa en su propia existencia la consagración de las posibilidades de justiciabilidad de las actuaciones de la Administración en un escenario, que presentado a grandes rasgos, resultaba extremadamente dádioso para el ente público y sustancialmente limitado para el administrado. De tal manera, la existencia misma de la Ley, es de por sí, un logro mayor.

«De ahí que pueda comprenderse que la justicia administrativa y el régimen procesal administrativo, resultan modos y medio para la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de las personas y, además, y tan importante como lo anterior, para la tutela y realización del interés general que subyace, de una forma y otra, en el funcionamiento administrativo y que se pone en

juego en cada actuación del aparato al que corresponde dicho funcionamiento» (Matilla Correa, 2022)

No pretendemos centrar este análisis en las deficiencias de las normativas anteriores, hoy ya históricas; sino ordenar y orientarnos hacia el carácter articulador de la LPA, su importancia en la articulación del Estado Socialista de Derecho y su trascendencia hacia un sistema de justicia constitucional garante de los derechos de los ciudadanos en relación con la Administración Pública.

El primer elemento de garantía resalta en torno a la unidad de jurisdicción y normación, hasta hace poco compartida con la jurisdicción civil; y hoy, en consecuencia, siendo un proceso autónomo y con identidad propia; sin necesidad de depender normativamente del proceso civil. De esta manera, resaltan los principios propios de esta rama jurídica y sus características en la resolución de los conflictos. Desde sus primeros enunciados, la LPA reclama su posición como instrumento «para asegurar eficazmente la tutela judicial de las personas frente al funcionamiento administrativo, la defensa del interés público y la garantía de la buena administración pública».

¿Es entonces la justicia administrativa imprescindible para la articulación de un sistema de justicia constitucional? No nos cabe la menor duda, siempre que hagamos referencia a esa justicia en su concepción de defensa de la supremacía de la Constitución. Lo anterior se debe, más allá de sus aspectos subjetivos, adjetivos y de organización, a que la justicia administrativa se representa desde los instrumentos jurídicos y procesales que tienen como finalidad la tutela de los particulares frente a la Administración Pública (Fix-Zamudio, 1983).

La justicia constitucional, en cualesquiera de sus modelos, constituye una herramienta de imprescindible utilidad para resaltar el papel de norma suprema del texto constitucional, y el respeto de sus postulados por los órganos del Estado, y dentro de ellos los que integran el entramado administrativo. Conviértese así la justicia administrativa en un instrumento al servicio de la eficacia de la Constitución; no para reclamar e invocar derechos constitucionalmente reconocidos; sino para

exigir su protección cuando han sido lesionados por una acción y omisión administrativa.

«La normatividad constitucional como fuente primaria del derecho está, por tanto, estrechamente relacionada con la labor de la jurisdicción administrativa. Cuando ésta cumple adecuadamente con su función de control, la Constitución puede desplegar su poder normativo (...)» (Marcheco Acuña, 2015)

V.- A modo de cierre

El rol preponderante de la Constitución, el reconocimiento de su fuerza superior quedó signado con el texto de 2019. Si de todo el proceso legislativo posterior, tuviésemos que reconocer la influencia de una norma para el perfeccionamiento de nuestro sistema jurídico, esa sería la LPA. En primer lugar, por materializar, desde la norma jurídica, uno de los pilares hasta ese momento ausente para la concepción del Estado socialista de Derecho: la justiciabilidad de las decisiones administrativas. La herencia procesal en esta materia en Cuba, sesgó sustancialmente la calidad y eficacia de este proceso, disparando los espacios de inmunidad de una Administración «prepotente» e invasiva.

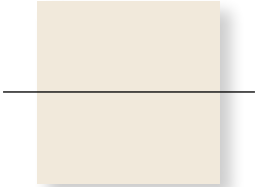
Si tuviésemos que enunciar los aspectos positivos de la LPA, habría que reconocerle su carácter como pionera multifactorial en el tratamiento de instituciones que hasta su puesta en vigor permanecían en los más olvidados espacios del Derecho administrativo cubano. Con la posibilidad de que pueda perfeccionarse en algún momento; con el reto que implica para los operadores jurídicas hacer de su letra un verdadero instrumento de eficacia jurídica, su existencia es de por sí, el logro mayor, y abre un camino al afianzamiento de la tutela judicial efectiva, el ejercicio de los derechos, la justicia, el perfeccionamiento de la actividad administrativa y la defensa del interés público.

Referencias bibliográficas

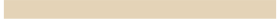
Alvarez Tabío, F. (1954). *El proceso contencioso- administrativo. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*. La Habana: Librería Martí.

- Arias Gayoso, G. (2015). *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*. México: Novum.
- Betancourt, A. (1916). *Nueva edición del Procedimiento Contencioso- Administrativo vigente en la República de Cuba*. La Habana: Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca.,
- Constitución de la República de Cuba, Tabloide*. (2019). La Habana: Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, Cuba.
- Del Cueto, J. (1917). *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales*. La Habana: Librería e Imprenta «La Moderna Poesía.
- Díaz García, E. (2001-2002). Estado de Derecho y democracia. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, 201-217.
- Dorticós, O. (1974). *Discurso pronunciado por el Dr. Osvaldo DORTICÓS, presidente de la República en el Ministerio de Justicia, pronunciado el día 21 de octubre de 1973* (págs. 1-25). La Habana: Centro de información y documentación, Ministerio de Justicia.
- (2011). *El papel del jurista en el fortalecimiento de la institucionalidad y en la actualización del modelo económico cubano. Documentos preparatorios para su discusión en el VI Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba*. La Habana: UNJC.
- Fernández Bulté, J. (2002). *Teoría del Estado y del Derecho, Teoría del Estado*. La Habana: Félix Varela.
- Fix-Zamudio, H. (1983). *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*. México: Colegio Nacional.
- Marcheco Acuña, B. (2015). La justicia administrativa y la Constitución cubana. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 67-98.
- Matilla Correa, A. (2022). Los «nuevos aires» del proceso administrativo en Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, 518-560.
- Ministerio de Justicia. (1976). *Exposición sucinta de los trabajos de actualización y revisión de la legislación cubana llevados a efecto por el Ministerio de Justicia*. La Habana: Ministerio de Justicia.

Segura y Cabrera, A. (1894). «Ensayo de un programa para el estudio de lo Contencioso-administrativo». *Revista del Foro*, Tomo II, 2da época, 317-330.



8.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DESDE EL ARTÍCULO 98 DE LA CONSTITUCIÓN CUBANA: CUESTIONES DE SER O NO SER



NILDA HAYDEÉ RIZO PÉREZ Y VIVIANA MERCEDES TREJO RIZO

I.- Introducción

«La Responsabilidad de la Administración pública nos recuerda el arco iris: como ocurre con las distintas instituciones jurídicas sabemos que está allí, aunque no podamos asirlo. Una vez nos hemos puesto de acuerdo sobre su existencia, suele haber acuerdo sobre sus tonos interiores, pero a medida que se tratan de describir hacia el exterior, cuando las tonalidades comienzan a difuminarse, con ellas se difuminan los acuerdos iniciales, entonces cada uno comienza a vivir su propia experiencia, aquellos que le dictan su ojos.» (Zapata García, 2018, p. 4)

Esta visión casi metafórica, sirve de base a las ideas de este trabajo, que persigue por objetivo el examen del artículo 98 de la Constitución cubana vigente, como aludido soporte de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con

especial referencia a su clasificación, cuya refrendación es objeto de distintas interpretaciones.

Así, por ejemplo suele asegurarse que el artículo 98 de la aún reciente Constitución cubana, regula la responsabilidad patrimonial del Estado, en particular de la Administración pública, por un lado, y por otro que es sustento de la de tipo objetivo; aunque a las disquisiciones sobre este último aspecto, se le da continuidad en otro espacio (parte 2), en tanto las siguientes líneas se centran en la primera de las cuestiones.

«Uno de los aspectos que debe precisarse de inicio, cuando se mira con interés jurídico el artículo 98 de la Constitución, es que su contenido —más allá del perfil concreto en que está redactado— se refiere materialmente a la responsabilidad patrimonial del Estado y el personal a su servicio, que es una institución jurídica que pertenece sustantivamente al ámbito jurídico no procesal; esto es, que dicha responsabilidad como figura o institución jurídica no es sustancia propia del Derecho Procesal.» (Matilla Correa, 2020, p. 315)

Sin embargo, quizás en una lucha contra molinos de viento, a las autoras de este trabajo siempre le ha asaltado la duda —desde la formulación del artículo 26 de la Constitución de 1976, cuyo contenido es hoy esencialmente reflejado en el artículo 98 de la vigente— si con dicho texto se refrenda la responsabilidad patrimonial del Estado (a los efectos de este trabajo de la Administración Pública) que como «concepto alude al deber legal de la Administración de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos de derecho, que deriven de sus actividades.» (Sánchez Morón, 2010, p. 906); y desde «la idea de una responsabilidad patrimonial del Estado como entidad subjetiva (...) con independencia de la individual de sus agentes.» (Matilla Correa, 2020, p. 304)

En tal sentido la interrogante: ¿la sola mención al daño o perjuicio causado indebidamente por agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, implica la refrendación de la responsabilidad patrimonial de la Administración? Se aclara que la pregunta no obedece a las causales para que proceda la institución, o en su caso los límites que a ella se

impone, sino a la extensión e intensidad de la norma, que se puede traducir mediante otra interrogante: ¿en estos casos, responde la Administración con su patrimonio -sumun del instituto en estudio- o puede, por ejemplo, responder el agente con su capital?

Por tanto, volviendo a los preceptos mencionados—que sólo se refieren al derecho del que sufre daño y no a quién corresponde obligación o a cargo de qué patrimonio se hace efectiva la indemnización- y con basamento en esa omisión en la letra del texto, se plantea la primera cuestión de «ser o no ser», atendiendo al sentido estricto del concepto responsabilidad patrimonial de la Administración, en la que ésta responde con su patrimonio, por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de la función administrativa.

Así, siguiendo a Olvera López y Cota Murillo (2006), en cuanto a que «los criterios de interpretación son métodos, pautas, principios, objetivos o guías que deben tenerse en cuenta al interpretar» (Olvera López & Cota Murillo, 2006), resulta preciso acudir a los diferentes métodos / argumentos interpretativos, que puedan conducir a un análisis pormenorizado de la norma para arrojar luz- quien sabe si no sombra- o al menos dedicar un pensamiento a la cuestión de si el artículo 98 consagra estrictamente la responsabilidad del Estado, o sólo puede constituir, en última instancia, un soporte institucional; ello también en estrecha relación con las modalidades que pudiera sustentar.

II.- Desarrollo

El cumplimiento del propósito antes señalado, impone la presentación de la norma constitucional en estudio y a partir de ella, algunos argumentos interpretativos.

«ARTÍCULO 98. Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley.»

Tal y como coinciden los autores, el primer método al cual se debe acudir es el gramatical. En este punto, apelando a la letra del artículo 98 en análisis, se advierte que, como de otra

forma se dijo, sólo dos cosas quedan claras: 1. El derecho de toda persona a la reparación o indemnización de daños y perjuicios. 2. Tales daños y perjuicios deben ser causados por directivos, funcionarios y empleados del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos. No puede decirse lo mismo en cuánto a quién hace efectiva la indemnización, por un lado; y por otro, respecto a la incidencia del concepto jurídico indeterminado «indebidamente»; esto último constituye la base de la otra cuestión de «ser o no ser», a abordar en una segunda parte.

Mas, tratándose de un derecho, se aprovecha la obra de Robert Alexy citada por Pinto Fontanillo (2000): «Los derechos a algo se configuran como relaciones triádicas entre el sujeto del derecho (a), los destinatarios (b) y el objeto del derecho (G), representado según la fórmula general: RabG que supone que sólo cuando ocurre esta relación trinominal podemos decir que se da en (a) la necesaria posición jurídica que le caracteriza por tener un derecho a «G» frente a (b). (Pinto Fontanillo, 2000)

Sobre esta base, «a»=Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos». «G»=«tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley». Empero, la incertidumbre denunciada estaría en «b» ¿serán «directivos, funcionarios y empleados del Estado» o el «Estado»? En un caso concreto ¿a quién reclamar y exigir la indemnización?

Obligados a una interpretación, aunque el criterio gramatical no arroja mucha luz, la inclinación, bajo un argumento a contrario, es a que «b» = «directivos, funcionarios y empleados del Estado», pues este último vocablo sólo aparece para calificar a los agentes causantes del daño, que nuclea el precepto. Por ello, podría no responder el Estado, y sí los agentes, lo que estrictamente no configuraría, al menos de forma directa, la responsabilidad patrimonial de la Administración. Adviértase también, que a diferencia del artículo 99¹, no hay referencia,

¹ «ARTÍCULO 99. La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados

como sí lo hace el Código civil (Ley N° 59, 1987), a órgano o persona jurídica, que pudiera indicar mayor acercamiento a la institución en estudio. Sobre el particular, las observaciones de Ramírez Sánchez (2021):

«La formulación de artículo 98, si bien supera omisiones más amplias del texto precedente, sigue siendo contradictoria al no superar la ausencia de los órganos del Estado; y por el contrario, pone miras en los directivos, funcionarios y empleados del Estado. La imputación se encuadra directamente —en el sentido de atribución de competencia— en el personal, no en la organización administrativa, creando una duda acerca de los sujetos imputables, en el sentido propiamente del deber de responder, omiso en la estructura normativa del artículo» (Ramírez Sánchez, 2021).

Igualmente, a partir de la vaguedad de este artículo, podría en última instancia, quizás bajo un argumento semántico, interpretarse la extensión de la responsabilidad al Estado; pero quedarían cuestionamientos en cuanto a la forma en que se produce esa responsabilidad (directa, subsidiaria, solidaria). Por tanto, ante un caso concreto a quien demandar: ¿Sólo al agente? ¿Sólo al Estado? ¿Al agente y al Estado?

Otro de los métodos se relaciona con el aspecto histórico, como argumento funcional o genético. Por este rumbo, es preciso por un lado, hacer una parada en la evolución de la responsabilidad en materia administrativa y por otro en los antecedentes normativos. Referida a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en particular, resalta la periodización realizada por Ortega (1995), con base en la obra de Leguina, con distinción de cuatro etapas o fases de evolución:²

en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por 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, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización (...)

- 2 1º-Rige el principio de irresponsabilidad de los poderes públicos, dado el arrastre histórico del principio medieval «*the king can do no wrong*», que se

Ortega (1995)³ advierte cómo los diferentes ordenamientos jurídicos se encuentran en distintos estadios, lo que también se vislumbra de las consideraciones Sánchez Morón (2010) quien, tras anunciar que los ordenamientos europeos mantienen como regla general el principio de responsabilidad de la Administración, ya sea directa o subsidiaria, por culpa.» (Sánchez Morón, 2010, pág. 918), explicita algunos hitos:

1. Durante gran parte del siglo XIX no existe la posibilidad legal o real de reclamar una indemnización frente a la Administración, como tal poder público, por daños derivados de alguna de sus actuaciones.

2. Lo único que se va admitiendo por la jurisprudencia, en muy distintos países, es la responsabilidad personal del funcionario o agente público causante de un daño, cuando ejerce sus funciones con dolo, culpa o negligencia. Se aplica, por consi-

refuerza en el periodo del absolutismo, bajo la regla del *princeps legibus solutus*. 2º- Imputación de los daños producidos exclusivamente a los agentes públicos culpables, pues la Declaración de Derechos de 1789 en su artículo 15 los responsabilizaba de los daños, con exigencia ante los tribunales ordinarios en base a las reglas del Código civil. 3º- Afirmación de la responsabilidad de la Administración como principio general, aunque limitada a los daños causados por acciones ilegales o culpables 4º- Consideración de que el papel que juegan las Administraciones Públicas en las sociedades actuales implica una situación pasiva de riesgo por parte de los ciudadanos que debe ser hecha frente por la Administración.

³ Por ejemplo, el autor destaca, tras la presentación de la segunda de las etapas que: «Hoy día todos los países de nuestro entorno jurídico y aquellos que siguen la influencia de los sistemas jurídicos europeos han superado estas primeras etapas, aunque en algún ordenamiento europeo, permanecen resquicios por donde se exonera de responsabilidad a los entes públicos (...)» (Ortega, 1995, p. 18). Igualmente, refiriéndose a la tercera etapa, expone: «En esta etapa se sitúan la mayoría de los ordenamientos occidentales, incluido, como veremos, el ordenamiento comunitario, aunque las vías a través de las cuales se ha llegado a este estadio y las fórmulas en que se han concretado son de una gran variedad. No obstante, se puede afirmar que las claves de esta evolución son de un triple orden: en primer lugar la consideración de que la imputación de la responsabilidad al patrimonio del agente público no constituía una garantía suficiente y debe entrar la Administración como responsable subsidiario. En segundo término, que la complejidad de la maquinaria burocrática impedía en muchos casos la determinación del funcionario culpable. (Ortega, 1995, p. 18)

guiente, a esta situación el régimen de responsabilidad personal por culpa, propio del Derecho civil o común.⁴

3. Ello no obstante, conforme a la legislación civil, se empezó a aceptar también una responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por sus funcionarios o agentes en el ejercicio de sus competencias, mediando siempre culpa o negligencia de éstos, en la misma medida en que las personas jurídicas o las empresas responden de los actos de sus agentes y empleados cuando realizan actividades al servicio de las mismas. En este punto, se refiere a la situación de varios ordenamientos jurídicos en que esa era la regla subsistente.

4. En Francia, la jurisprudencia del *Conseil d'État* afirmó la existencia de un régimen especial de responsabilidad de Derecho público, desde el conocido *arrêt* Blanco, de 1873. Ese régimen se basa en la distinción entre falta (o culpa) personal del funcionario o agente causante del daño, que es la que deriva de una actuación al margen del servicio o que se considera ajena al mismo, y *la faute de service*, que es la que tiene su origen en una acción propia del servicio público. En estos casos, así como en aquellos en que la lesión es impersonal, es decir, se desconoce el agente causante del daño o éste deriva de deficiencias de la organización misma (falta de medios, descoordinación de servicios, etc.), la responsabilidad de la Administración no es subsidiaria, sino directa y la reclamación correspondiente ha de dirigirse contra aquélla.

«Este sistema de responsabilidad directa y por culpa, esto es, en virtud de una actuación ilegal o no plenamente conforme a Derecho o, cuando menos negligente, se ha extendido después a otros muchos ordenamientos europeos. Y es también el modelo que rige en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea. Según el artículo 340 TFUE, en materia de responsabilidad

⁴ Sobre esta etapa y refiriéndose al ordenamiento jurídico español expresa: «Y así sucede también en nuestro país que, hasta mediados del siglo XX, fundó la responsabilidad patrimonial en la esfera pública en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, a falta de otras normas específicas, salvo para algunos supuestos concretos.» (Sánchez Morón, 2010, p. 917).

extracontractual, la Unión «deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».» (Sánchez Morón, 2010, p. 918)

Sentados los hitos evolutivos de la institución y en particular la falta de unanimidad en los estadios en que se pueden encontrar los diversos ordenamientos jurídicos, pudiera ser factible cualquiera de las posiciones.

No obstante, las autoras de este trabajo, atendiendo a cuestiones que se complementarán con el análisis sistemático, se inclinan a que es *el agente de la Administración*, el «mejor candidato» a ocupar la posición «b» en la fórmula trial que sobre el derecho planteó Alexy, ya sea a partir de la exigencia directa a éste o en última instancia con la responsabilidad subsidiaria del Estado (Administración), conforme a la posición nº 3 de la sistematización de los planteamientos de Sánchez Morón (2010) y lo narrado por Hernández-Mendible (2015) ⁵.

Todo ello, tomando en consideración que el artículo 98, como antes se dijo, reproduce el artículo 26 de la Constitución de 1976, a su vez reproducido en la primera parte del artículo 96 del Código civil vigente, que como en breve se expone prevé, cuando más, la responsabilidad subsidiaria del Estado. Por demás, este artículo, en su numeral segundo, contiene una fórmula (la autorización administrativa) que, como fue anotado, prácticamente dejó de emplearse desde «casi el último tercio del siglo XIX» ⁶.

5 «En este orden de ideas, se ha admitido que la responsabilidad de la Administración Pública no solo es directa, sino que también puede exigírsele en los supuestos que se trate de daños antijurídicos producidos por sus funcionarios actuando con motivo de sus funciones, aunque fuera del ámbito estricto de sus competencias. En este caso, para que la persona víctima del daño no quede desprotegida (...) La jurisprudencia, al analizar la naturaleza de la responsabilidad, ha optado por reconocer tanto la directa como la indirecta (...)» (Hernández -Mendible, 2015, p. 68)

6 Concordante con ello, Ramírez Sánchez, expone sobre el artículo 96.2: «Esta

Lo anterior denota una falta de «vocación» hacia la evolución a las formas más avanzadas de la institución -no exentas de críticas, como también se abordará- que, por demás, no se ha experimentado en otros ordenamientos, en los cuales la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños «es la regla que subsiste hoy en día» (Sánchez Morón, 2010, p. 917) y fue la refrendada por la Constitución española de 1931, vigente hasta 1978, es decir dos años después de haberse promulgado la anterior Constitución cubana (1976).

Relacionado con ello y complementando el argumento histórico, en una especie de mixtura con el de Autoridad, que ya se viene empleando con basamento en la doctrina, serán aprovechadas las reflexiones del entonces miembro de la comisión redactora de la Constitución de 1976, Álvarez Tabío (1988), quien refleja los antecedentes de la norma actual, desde el análisis de su artículo 26. Este autor expresa:

«En este artículo se consagra el principio de la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos cometidos por sus agentes, y deja a la ley la regulación de la forma de reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización. Esta responsabilidad se extiende a las conductas de todos los agentes públicos, sin que quepa hacer distinciones por el cargo que ocupen en la jerarquía administrativa.» (Álvarez Tabío, 1988, p. 120)

Como se advierte, el comentarista reconoce, aunque en término de principios, la refrendación de la responsabilidad patrimonial del Estado, a partir de su consideración de que «es responsable de su falta de capacidad para asegurar cierto grado de perfección de sus agentes.» (Álvarez Tabío, 1988, p. 121). Sin embargo, esto no contradice la inclinación interpretativa antes brindada, pues puede tratarse de la responsabilidad subsidiaria

norma exige la declaración de ilicitud del acto ejecutado por la autoridad estatal superior como presupuesto de la reclamación. Como sucedió en la evolución francesa de esta institución (...) para poder proceder en contra de la administración es necesario obtener la declaración del carácter ilícito del acto cometido por la autoridad estatal superior correspondiente, hecho que en la práctica va en detrimento de la aplicación de la institución (...)» (Ramírez Sánchez, 2019, p. 110)

del Estado, máxime cuando lo vincula a la regulación del Código civil entonces vigente.⁷

Dicha Ley sustantiva, en los artículos 1092 y siguientes, contemplaba la responsabilidad subsidiaria, particularmente en «el párrafo quinto del artículo 1903 relativo a la responsabilidad del Estado, cuando obra por mediación de un agente especial» (Álvarez Tabío, 1988, p. 121). Igualmente se refiere a que tanto en el artículo 670, inciso a) y 658, de la ahora derogada Ley de Procedimiento Civil y Administrativo y Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral⁸, respectivamente, se atribuye a la jurisdicción administrativa el conocimiento de todas las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial del Estado, destacando su estrecha relación con el artículo constitucional comentado y que:

«Tanto el citado precepto procesal como el artículo 26 de la Constitución, representan, sin dudas, un gran paso de avance con relación al artículo 1093 párrafo quinto, del Código Civil, pues, según este último, el Estado solo respondía de los actos de sus agentes especiales, pero no de los daños causados por los funcionarios o agentes, en general, con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos. Fuera de esa hipótesis del agente especial, la responsabilidad civil derivada de los actos de los funcionarios y agentes del Estado, *recaía únicamente sobre ellos*.» (Álvarez Tabío, 1988, pp. 122–123)

Esta última frase, a juicio de estas investigadoras, confirma en la subsidiaridad de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública -que sí está expresamente reconocida en las normas adjetiva, claro está sin expresar su carácter- aun cuando no quede muy claro «el juego», a partir de la doble personalidad

⁷ «Íntimamente vinculada a este precepto constitucional, se halla la llamada culpa aquiliana o extracontractual, también conocida con el nombre de delito civil, que lo constituye cualquier hecho que revista condiciones generales de ilicitud, lesividad y culpa.» (Álvarez Tabío, 1988, p. 121)

⁸ Ley N° 7 de 1977, *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral*, de 19 de agosto de 1977, Divulgación Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

del Estado⁹, entre el fundamento sustantivo en el Código civil y el contencioso administrativo como vía para resolver los conflictos sobre la materia.¹⁰

El antecedente «genético» más inmediato del texto constitucional cubano, se encuentra en el Anteproyecto sometido a referéndum, donde sí se hacía referencia a los «órganos», elemento que se ha venido manejando como un indicador a favor de la responsabilidad del Estado.¹¹ Y entonces las interrogantes: ¿por qué se apostó por la fórmula anterior? ¿no significa ello la no refrendación de la responsabilidad patrimonial directa del Estado?

El Derecho comparado es otro de los métodos escogido y de esta forma una mirada a la regulación constitucional de varios países, especialmente a fin de verificar en este espacio: por un lado la refrendación, expresa o no, del destinatario (b) del derecho (G) cuyo titular es (a); y por otro la forma en que, en su caso, responde el Estado.

El estudio comparado alcanza la regulación de la responsabilidad en 23 textos, mayoritariamente iberoamericanos y africanos. En cuanto al primer elemento de comparación puede advertirse que, como regularidad, en las Constituciones se

⁹ Bielsa sosteniendo su doble personalidad remarca: «cuando el Estado obra como poder público o sujeto de derecho público no está regido por el derecho civil o privado, sino por el derecho constitucional, administrativo o fiscal (...)» (Bielsa, 1949)

¹⁰ *Arrêt Blanco del Tribunal de Conflicts responsabilidad*: «Considerando que la, que puede incumbir al Estado por los daños ocasionados a los particulares por la actuación de personas que emplea en los servicios públicos, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particular y particular. Que esa responsabilidad no es ni general, ni absoluta; que se rige por reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.».

¹¹ «ARTÍCULO 94. La persona a la que se le vulneren sus derechos y sufra daño o perjuicio por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, tiene derecho a reclamar, ante los tribunales, la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización. (...)»

hace referencia, de forma expresa, al Estado y/o las personas de Derecho público. No obstante, en tres de las Constituciones africanas, si bien no hay un artículo específico desarrollador de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, sí al tratar la autorización o reserva de competencia legislativa: hacen expresa referencia a la institución; se trata de las Cartas Magnas de Timor-Leste (Const., 2002, art. 96); São Tomé y Príncipe (Const., 2003, art. 98) y Angola (Const., 2010, art. 90).

La muy conocida y estudiada regulación constitucional española (1978), a pesar de que en el artículo 106 sólo hace referencia al derecho a la reparación sin especificar, en este espacio, a quien corresponde el deber de efectuarla, en el artículo 9 declara la responsabilidad de los «poderes públicos», amén de las normas complementarias.

En tal sentido, siguiendo la ruta de Alexy, que como apoyo gráfico se ha venido empleado, puede asegurarse que «b» = al Estado, con independencia de la forma en que responda -a la que enseguida se hará referencia- y ello en el orden interpretativo, del artículo 98, inclina la balanza a que no es la responsabilidad del Estado la que se ha refrendado en dicho precepto; pues si «el constituyente» hubiese tenido la intención de hacerlo, como en los preceptos estudiados, lo hubiera identificado como «destinatario b» frente al cual «a» tiene el derecho «G», dejando sentado por demás la interacción con la responsabilidad de los agentes.

En cuanto al segundo de los aspectos (forma en que responde el Estado), el estudio comparado denota la tendencia a la responsabilidad directa, como es el caso de las Cartas Magnas de Uruguay (Const., 1967, art. 24); Nicaragua (Const., 1987, art. 131); Brasil (Const., 1988, art. 37); Colombia (Const., 1991, art. 90); Venezuela (Const., 2007, art. 140); Cabo Verde (Const., 2010, art. 16°); Mozambique (Const., 1990, art. 58°); Chile (Const., 1980, art. 38); Ecuador (Const., 2008, art. 20); Bolivia (Const., 2009, art. 113); y Alemania (Const., 1949, art. 34).

Empero, en algunas de las normas supremas, se refrenda la responsabilidad solidaria; se trata de las Constituciones de Portugal (Const., 1976, art. 22); Guatemala (Const., 1985, art. 155); Honduras (Const., 1982, art. 324) y República Dominicana (Const., 2015, art. 148). No obstante, también aflora la regula-

ción de la responsabilidad directa de los, agentes, en tanto que el Estado subsidiariamente responde; esta fórmula está presente en los textos constitucionales de El Salvador (Const., 1983, art. 245) y Paraguay (Const., 1992, art. 106).

De esta forma, desde el Derecho comparado como método en busca de otro argumento y en relación con los antes brindados, pudiera con respecto a este segundo aspecto, destacarse que a pesar de lo tendencial que resulta, no es la responsabilidad directa del Estado una fórmula «obligada», máxime teniendo en cuenta la regularidad antes explicada, no presente en la Constitución cubana, a la que antecede temporalmente la de República Dominicana, que no obstante ser de las más recientes en el panorama mundial, apuesta por la responsabilidad solidaria. Por tanto, las autoras de este trabajo se confirman en su interpretación, a partir de los anteriores argumentos, de que el artículo 98 de la Constitución cubana y su antecesor (art. 26), no refrenda expresamente la responsabilidad directa del Estado; sólo una interpretación extensiva pudiera considerarla como subsidiaria de la responsabilidad personal del agente.

Igualmente, el estudio comparado arroja como regularidad la acción de repetición contra los agentes, expresado en términos de posibilidad («podrá repetir»; «pueden ejercitar»), de deber «deberá repetir» y «derecho de repetir», regreso¹². En cambio, la Constitución cubana, no tiene prescripción similar, que pudiera indicar la responsabilidad patrimonial directa del Estado, que por tal motivo estaría en condiciones de ejercitar la señalada acción.

Al argumento sistémico, también se apela en este trabajo; primero teniendo «en cuenta la situación «física» de un enunciado en el texto legal por medio de dos argumentos: 1. *A sedes materiae*. 2. *A rubrica*» (Olvera López y Cota Murillo, 2006, p. 16).

¹² Presente en las Constituciones de: Uruguay (Artículo 24); Honduras (artículo 324); Nicaragua, artículo 131); Brasil (artículo 37), Colombia (artículo 90); (Paraguay, artículo 106); (Ecuador, artículo 20); (Bolivia, artículo 113); Mozambique (artículo 58); Chile (artículo 38).

Teniendo en cuenta el primero de ellos¹³ debe apuntarse que el artículo 98, ha «perdido»-a los efectos de la interpretación favorable a la refrendación de la responsabilidad del Estado- las «ventajas» de su antecesor, ubicado en el Título I: «Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado»¹⁴. El artículo en interpretación, se ubica en el Título V, «Derechos, deberes y garantías», que prioriza, también desde el argumento *A rúbrica*¹⁵, el interés de regulación del derecho de las personas que han sufrido daños o perjuicios, claro está con un correlativo deber, pero no irremisiblemente desde el patrimonio de la persona jurídica pública Estado; es un derecho «G» de los sujetos «a», pero no necesariamente el destinatario «b» es el Estado.

En busca de la interpretación y del argumento *A rúbrica* la mirada al título del Capítulo VI, «Garantías de los derechos», que si bien conduce a otros cuestionamientos no centro de este trabajo¹⁶, no apoya la consideración del texto del artículo 98, como la sede inequívoca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

¹³ «(...) es aquel por el que la atribución del significado se realiza a partir del lugar que la disposición ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica proporciona información sobre su contenido por ser fruto de un plan del legislador y, por tanto, manifiesta su voluntad.» (Olvera López y Cota Murillo, 2006, p. 16)

¹⁴ En la interpretación de Matilla Correa: « (...) por la ubicación que dentro del texto constitucional se le otorgaba a ese artículo 26, la responsabilidad patrimonial del poder público y sus agentes se fijaba además, expresamente, a nivel positivo, como fundamento del Estado cubano (en cuanto comunidad políticamente organizada, en tanto ente de poder público dentro de esa comunidad) y como uno de los principios que fundamentaban y regían la actuación del Estado todo, de sus agentes, y sus relaciones con las personas.» (Matilla Correa, 2020, p. 310).

¹⁵ «El argumento *A rúbrica* implica que la atribución de significado se lleva a cabo a partir del título o rúbrica que encabeza al grupo de artículos en el que encuentra ubicado el enunciado, pues se considera que los títulos proporcionan información sobre el contenido regulado bajo los mismos, por no ser casuales, sino fruto de un plan del legislador y, por tanto, también manifiestan su voluntad» (Olvera López y Cota Murillo, 2006, p. 16).

¹⁶ Por ejemplo, lo refrendado en el artículo 98 ¿es un derecho o una garantía? ¿podría ser catalogado como un derecho instrumental?

En un análisis sistémico del artículo 98 constitucional, debe tornarse la mirada a otras prescripciones, también ubicadas como garantías, particularmente lo dispuesto en el artículo 94 sobre el debido proceso, donde en el inciso h) se incluye el derecho a obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba, así como en el artículo 99¹⁷ donde, como ya se adelantó, al igual que el 94 del Anteproyecto si hace mención expresa de los órganos ¿por qué, entonces no acontece lo mismo en el artículo analizado? ¿por qué el desgajamiento del citado artículo 94 de la proyección en dos artículos que en definitiva conllevan la reparación o indemnización ante daños?

Ya fuera de la recién promulgada Constitución, se encuentra la vigencia del Código civil, por supuesto, anterior a este, pero posterior a la Constitución de 1976 con su artículo 26, casi idéntico al 98 de la actual Carta Magna. La Sección Cuarta del Código civil cubano, se dedica a la «Responsabilidad de las personas jurídicas»¹⁸.

17 ARTÍCULO 99. La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por 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, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización. La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento.

18 Entre las regulaciones destacan: 1. La obligación de las personas jurídicas de reparar los daños y perjuicios causados a otros por actos ilícitos cometidos por sus dirigentes, funcionarios y demás trabajadores en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del derecho que les asiste de repetir contra el culpable. (art. 95.1) 2. La responsabilidad subsidiaria de ésta, cuando el acto ilícito constituye delito y es cometido por los dirigentes, funcionarios o demás trabajadores en el indebido ejercicio de sus funciones, la persona jurídica responde subsidiariamente. (artículo 95.2) 3. La responsabilidad de la persona jurídica por los daños causados por sus dirigentes, funcionarios o demás trabajadores que hayan actuado dentro de sus atribuciones o por obediencia debida, y que por esa circunstancia hayan sido declarados exentos de responsabilidad penal. (art. 95.3).

Pero lo más llamativo, a los efectos de este trabajo, resulta lo que antes se había adelantado, en cuanto a que el artículo 96.1, prácticamente reproducía el 26 constitucional¹⁹ y que en su segunda parte, el precepto contiene una fórmula, a la postre similar a la vetusta necesidad de autorización para que el funcionario respondiera personalmente por los daños causados, al establecer como presupuesto de la reclamación, que el acto ejecutado haya sido declarado ilícito por la autoridad estatal superior correspondiente. Este elemento, antes se había empleado, al tratar el argumento histórico y como un síntoma de la no evolución hacia otras etapas de la responsabilidad patrimonial de la Administración, amén de otras críticas.

Aquí entonces una nueva interrogante ¿por qué la especificación del artículo 26 donde el mayor enfoque es para los agentes del Estado, si ya está estipulada la responsabilidad de la persona jurídica ante los daños y perjuicio causados y el Estado también lo es?

Bajo el argumento de no redundancia (Olvera López y Cota Murillo, 2006, p. 19), los autores de este trabajo, interpretan que el legislador ha querido significar algo diferente, y se confirman en la idea de que como la segunda etapa de las fijadas por Sánchez Morón (2010), se trata de la aplicación de un régimen de responsabilidad personal por culpa, propio del Derecho civil o común, que pudiera confirmarse, por ejemplo, desde la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo y Laboral, al abordar la responsabilidad civil de los jueces²⁰.

¹⁹ ARTÍCULO 96.1. Toda persona que sufra daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización.

²⁰ Artículo 61.- La responsabilidad civil no derivada de la comisión de un delito en que puedan incurrir los Jueces, Fiscales y Secretarios en el desempeño de sus funciones, puede ser exigida a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, por el procedimiento ordinario y ante el Tribunal competente conforme al artículo 12 de esta Ley.

Esta situación conspira contra los principios y recomendaciones de la paradigmática Carta de México²¹, especialmente en cuanto a la independencia del régimen de responsabilidad de la Administración pública del de carácter civil, aun cuando son varios los elementos insuficientes del ordenamiento cubano con respecto al instrumento jurídico internacional.

Si bien, esta misma Ley, fue la única referencia expresa a la institución, en su artículo 658, hay que tener presente la presencia de un trunco procedimiento, particularmente desde la falta de precisión, claridad y sobre todo mecanismos en la vía prejudicial, criticado en otras obras, donde coinciden autores de este trabajo. Su presencia, por demás, no hace absurda la tendencia interpretativa manejada ante la incertidumbre, pues como se ha venido sosteniendo e incluso se refleja en el mismo Código civil, puede el Estado como persona jurídica, responder subsidiariamente.

Relacionado con ello y la apuesta por el Código civil como complemento, solución que hoy es la idónea, mas como se vio concordante con un estadio institucional, lo que pudiera tomarse como argumento de Autoridad a la Instrucción 245/19 del Tribunal Supremo Popular; posconstitucional pero antecesora de las nuevas normas, específicamente la Ley nº 140²² y la Ley nº 142²³, que a pesar de su más avanzada concepción, tampoco enervan, por las mismas razones la interpretación realizada.

²¹ *Carta de México sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado* aprobada en el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, reunido en la Ciudad de México los días 13 y 14 de octubre de 2014, con el fin de contribuir a la construcción de un Derecho Administrativo Global.

²² Artículo 102. Los daños y perjuicios causados por los magistrados y jueces, en el ejercicio indebido de sus funciones, dan lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, con cargo al presupuesto del Tribunal Supremo Popular, de conformidad con los procedimientos establecidos, ante el tribunal competente y con todas las garantías, con independencia de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda individualmente a aquellos y del derecho de reclamarles el pago, en los casos en que proceda. (Ley nº 140, De los Tribunales de Justicia, 2021).

²³ Artículo 10.1. La jurisdicción en materia administrativa conoce, en todo caso, de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública (...) Artículo 52. Pueden formularse pretensiones dirigidas a obtener la reparación o indemnización correspondiente por el

En esa Instrucción²⁴ se advierte la mixtura del régimen de Derecho público contenido en la LPCALE, artículo 658, para exigir responsabilidad a la Administración, con el régimen privado del Código civil. Y no se hace notar por motivo de la jurisdicción, pues la unidad de ella no es desconocida en otros ordenamientos²⁵, sino porque hubiese bastado la invocación del artículo constitucional, si no se interpretara un rol diferente del Código civil, que bien pudiera ser la subsidiaria del Estado, a la que hermenéuticamente más se ha inclinado la balanza.

Podrían ser otros los argumentos a escoger, sin embargo los aquí expuestos resultan armónicos en una posible interpretación del artículo 98 de la Constitución cubana de 2019 y su aplicación en la práctica jurídica y en tal sentido, las siguientes conclusiones.

III.- Conclusiones

No obstante algunos autores suelen identificar al artículo 98 de la Constitución cubana, como «sede natural» de la responsabilidad del Estado, tal situación no resulta indubitada, a partir de los defectos en el lenguaje normativo, específicamente dada su vaguedad, al no especificar, entre otros elementos, a quien corresponde la indemnización -siguiendo la fórmula de Alexy-

daño o perjuicio causado indebidamente por la Administración pública o derivada de lo dispuesto en el Artículo 7 de esta Ley. (Ley n° 142, Del Proceso administrativo, 2021).

- 24 :«SEGUNDO: Las salas competentes en materia administrativa darán curso a las demandas que se presenten por las personas legitimadas, a fin de obtener la reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciban, por un actuar indebido en cumplimiento de sus deberes funcionales por directivos, funcionarios y empleados del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 658 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, laboral y económico y del artículo 96 del Código civil. En ambas situaciones deberán agotarse, previamente, las reclamaciones que procedan en la vía administrativa.»
- 25 «d) Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cualquier caso, sea cual fuere la vía por la que se ejerza la acción de responsabilidad, y la naturaleza pública o privada de las relaciones de las que se derive, la competencia jurisdiccional para resolver las cuestiones que se susciten corresponde al orden contencioso-administrativo.»

como objeto del derecho «G», que tiene «a» sobre «b», siendo por tanto el destinatario «b» el que no queda claro en dicho precepto.

En tal sentido, el artículo en estudio, como su similar en la Constitución precedente, resulta un «paliativo» en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración—en última instancia, tras la aplicación de métodos en pos de argumentos interpretativos (gramatical *A contrario*, genético, de Autoridad, sistemático, de Derecho comparado y pragmático)—tendencialmente calificable como subsidiaria, con arraigo en la legislación civil, típica de una etapa de evolución institucional intermedia, por demás no concordante con los principios y recomendaciones de la paradigmática Carta de México; lo que debe ser salvado en la legislación complementaria, en tanto no acontezca una modificación constitucional.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Tabío, F. (1988). *Comentarios a la Constitución socialista*. La Habana: Pueblo y Educación.
- Bielsa, R. (1949). *La responsabilidad del Estado en el derecho común y la jurisprudencia en Revista Argentina La Ley* (Vol. 55). La Ley Bs Aires.
- Constituição da República Democrática de Timor-Leste. Dili. (2002) Recuperado de http://timor-leste.gov.tl/p-content/uploads/2010/03/Constituicao_RDTL_PT.pdf
- Constitución da República Democrática de São Tomé e Príncipe, Ley nº 1/2003. Diário Oficial n.º 2. São Tomé (2003)
- Constitución da República de Angola. Diário Oficial da República I Serie, nº 23 de 5 de fevereiro República de Angola. Diário Oficial da República I Serie, nº 23 de 5 de fevereiro. Luanda (2010).
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado «BOE» núm. 311, de 29/12/197. Madrid (1978)
- Constitución política de la República Oriental del Uruguay; Montevideo (1967). Recuperado de <https://www.presidencia.gub.uy/normativa/constitucion-de-la-republica>
- Constitución Política de la República de Nicaragua, 9 de enero de 1987 (rev. 2014)

- Constitución de la República Federativa de Brasil Diario Oficial de la Unión. Brasil, 5 de octubre. Brasilia (1988)
- Constitución Política de la República de Colombia de 4 de julio de 1991, con reforma de 1997. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Bogotá (1997)
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de (20 de diciembre 1999, modificada 2007. Gaceta Oficial nº 38.736 de fecha 31 de julio. Caracas (2007).
- Constitución de la República de Cabo Verde. Modificada por la Ley Constitucional nº 1/VII/2010. Praia.3 de mayo de 2010..
- Constituição da República de Moçambique. Boletim da República, 1990-11-02, 44, 1-16 (DOC.NORMES; INFORM). (2004). Maputo (2004).
- Constitución política de la República de Chile 8 de agosto de 1980, promulgación 11 de septiembre de 1980.
- Constitución política de la República del Ecuador. Registro Oficial 20 de octubre. Quito (2008).
- Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia de 7 de febrero de 2009. Gaceta Oficial de Bolivia Edición NCPE. La Paz (2010).
- Constitución de Alemania. Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949. Modificada 31 de agosto de 1990.
- Constituição da República de Portugal, entrada em vigor no dia 25 de Abril. Lisboa (1976), 29 de diciembre de (1978).
- Constitución Política de la República de Guatemala 31 de mayo de 1985 Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de Noviembre. Ciudad de Guatemala (1993);
- Constitución Política, Decreto Nº 131 Publicada en la Gaceta No. 23,612 del 20 de enero. Tegucigalpa M.D.C.11 de Enero de 1982.
- Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial No. 10805 del 10 de julio. Santiago de los Caballeros (2015).
- Constitución de la Republica de El Salvador. Decreto Nº 38.S an Salvador, 15 de diciembre (1983).
- Constitución Nacional de la República del Paraguay. Asunción, 20 de junio de (1992).

- Hernández -Mendible, V. R. (2015). La evolución jurisprudencial de la responsabilidad de la Administración pública en Venezuela. *Revista de Derecho Público*, 83, 61-103.
- Instrucción nº 245, Tribunal Supremo Popular, 19 de junio 2019, Gaceta Oficial de la República, Extraordinaria nº 9, 21 de junio de 2019.
- Ley Nº 59, Código civil de la República de Cuba, de 16 de julio de 1987, Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.
- Ley nº 140, De los Tribunales de Justicia, 28 de octubre. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ordinaria nº 137, 7 de diciembre. La Habana. 2021.
- Ley nº 142, Del Proceso administrativo, 28 de octubre. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ordinaria nº 139, 7 de diciembre. La Habana. 2021
- Matilla Correa, A. (2020). La responsabilidad patrimonial del Estado: una primera lectura general del artículo 98 del texto constitucional cubano de 2019. En F. Lledó Yagüe, I. Benítez Ortúzar , & J. Mendoza Díaz, *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*.
- Olvera López, J. J., & Cota Murillo, S. (2006). *Apuntes de argumentación jurisdiccional*. México: Instituto de la Judicatura Federal.
- Ortega, L. (1995). La responsabilidad civil de la administración pública. *THEMIS*(32), 17-22.
- Pinto Fontanillo, J. A. (2000). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*. Universidad Complutense de Madrid.
- Ramírez Sánchez, A. (2019). Hacia un procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la actividad médica cubana. *Revista de Estudios de la justicia*.
- Ramírez Sánchez, A. (2021). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: aspectos esenciales para el perfeccionamiento de su ordenación en Cuba*. Tesis en opción al grado científico de doctor en Ciencias jurídicas. Universidad de La Habana.
- Sánchez Morón, M. (2010). *Derecho Administrativo*, (Sexta ed.). Madrid: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).

Zapata García, P. A. (2018). «*Fundamentos, límites y consecuencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa*». Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.



9.- LA REDEFINICIÓN AXIOLÓGICA DEL PRINCIPIO SOBERANÍA EN EL MARCO DEL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN



OLGA VICTORIA MADRIGAL ÁLVAREZ Y VLADIMIR PITA SIMON

Sumario: I. Introducción. II. Redefinición axiológica de la soberanía para el mundo contemporáneo. III. Principios para una constitución global. IV. A modo de conclusiones. V. Bibliografía.

I.- Introducción

La soberanía constituye uno de los conceptos más complejos de la teoría del estado. En su contenido mezcla aspectos morales, legales y políticos; así mismo, muta y cambia, evolucionando paralelamente a las transformaciones del Estado moderno. Desde el punto de vista formal, la concepción clásica de la soberanía se ha definido por tres grandes características: 1. Poder supremo, por encima de cualquier otro poder (religioso, económico, etc.). 2. Poder originario no derivado de ningún otro, en la medida en que le ha sido otorgado por el pueblo. 3. Poder independiente de cualquier otro. A partir de esos parámetros, la soberanía ha actuado como un factor de identidad fundamental del orden

político clásico basado en la división del mundo en estados nacionales independientes. (Jáuregui, 2000, p. 111)

La concepción formal clásica de soberanía ha sido erosionada por el vigente proceso de globalización; profundas brechas han sido abiertas en la noción de soberanía entendida como poder originario, supremo e independiente. La idea de la soberanía de los estados basada en la conservación de sus fronteras se encuentra cada vez más en duda. No solo se cuestiona el principio de soberanía por parte de la comunidad internacional, también se ponen en entredicho las propias normas clásicas del derecho internacional; esta situación es el resultado de una serie de sucesos tales como catástrofes medioambientales, desarrollo de armas de destrucción masiva, violaciones de derechos humanos, etc.¹

Por tanto, existen factores de globalización que han erosionado el concepto clásico de soberanía del Estado de forma evidente. De hecho, los Estados han perdido en la práctica algunas de las funciones tradicionalmente vinculadas a dicho concepto. Así, por ejemplo, se han identificado cuatro sectores de intervención pública en los que el declive de la soberanía del Estado ante las exigencias de la globalización sería más evidente: el control de los flujos monetarios y financieros, los problemas medioambientales, el control de la información, y el control de las empresas multinacionales. La pérdida de eficacia del Estado para desarrollar muchas de sus funciones tradicionales resulta especialmente acusada en los países en vía de desarrollo. Es importante destacar

¹ «Entre tales brechas cabe destacar la existente entre el ámbito formal (estatal-nacional) de la autoridad política y el sistema económico de producción, distribución y cambio estructurado a niveles no sólo estatales sino también globales y regionales. O también la brecha entre la idea del estado como actor independiente y el cada vez más amplio arraigo de organizaciones e instituciones internacionales o en su caso transnacionales. Asimismo, la brecha abierta entre la pertenencia a una comunidad política nacional manifestada en una ciudadanía, una titularidad de derechos, etc., y el desarrollo de un derecho internacional, transnacional, por un lado, y un derecho regional, por el otro.(...) Tales órdenes jurídicos se aplican a sujetos individuales, organizaciones no gubernamentales y gobiernos e, incluso, a un número cada vez más amplio de organizaciones intergubernamentales especializadas en materias muy concretas (servicios postales, transportes, ferrocarriles, tráfico aéreo o marítimo, radiodifusión, etc.), dando así lugar a nuevos sistemas de regulación.» (Jáuregui, 2000, p. 111)

además que este vaciamiento de la soberanía estatal no se centra únicamente en la definición de las normas, sino también en el control de su cumplimiento. La libre circulación de capitales entre los principales mercados financieros del planeta, y las mayores facilidades de las que disfrutaban las personas para cruzar las fronteras, facilitan la elusión de los controles administrativos o policiales establecidos por las autoridades públicas.

En ese contexto, la cooperación internacional aparece como la única opción del poder público para seguir garantizando una serie de servicios que la sociedad civil le exige. La proliferación de organizaciones internacionales supone una ayuda para los Estados, pero al mismo tiempo acentúa la pérdida de control de los mismos sobre muchas de las funciones que antes se consideraban atributos esenciales de la soberanía estatal. El aumento, tanto en el número de organizaciones internacionales, como en el volumen de sus competencias, ha propiciado una progresiva internacionalización del proceso de adopción de decisiones. En dichas instituciones internacionales, el Estado poco puede hacer, en muchas ocasiones, para evitar la adopción de normas que acabarán afectando a sus intereses, delimitando sus actos y afectando a sus ciudadanos.

La progresiva integración en las distintas regiones del planeta no sólo produce desplazamiento en el ordenamiento constitucional, sino que, en la medida en que se da una renuncia estatal a su exclusiva soberanía, la constitución pierde una parte de su entidad original.

II.- Redefinición axiológica de la soberanía para el mundo contemporáneo

La noción tradicional y formal de soberanía como poder supremo, originario e independiente, sustentada en la inmutabilidad de las fronteras estatales se encuentra fragmentada en la actualidad. Fenómenos como el nacionalismo, la regionalización y la globalización provocan el cuestionamiento de este principio por parte de la comunidad internacional, así como de las normas propias del derecho internacional. El Estado nación pierde gradualmente el control sobre el sistema económico de producción,

distribución y cambio que se lleva a cabo no sólo a nivel estatal, sino también a nivel regional y global; sobre la aparición, arraigo y actuar de organizaciones e instituciones internacionales o transnacionales; o sobre el desarrollo de un derecho internacional, transnacional o comunitario, de una parte, y un derecho regional, de otra, como ordenes jurídicos aplicables a sujetos individuales, organizaciones no gubernamentales, gobiernos y a una serie de organizaciones intergubernamentales, cada día más numerosas y especializadas en una serie de servicios concretos tales como servicios postales, transporte, ferrocarriles, tráfico aéreo o marítimo, radiodifusión, etc., que conllevan a la materialización de nuevos sistemas de regulación. (Jáuregui, 2000, p. 111)

Según Kelsen (1965) la soberanía es una cualidad de un orden normativo; siguiendo esta línea de pensamiento la soberanía es considerada como un concepto *de jure*, o sea, un título legitimador que el estado detenta y que le permite imponer sus propias leyes. Al mismo tiempo el Estado nación posee soberanía *de facto* entendida como la capacidad de poder real o de autonomía, de la que el mismo dispone. Jáuregui (2000) afirma que el actual proceso de globalización provoca una disminución en la autonomía y el poder estatal situación que afecta seriamente a la soberanía *de jure* de los estados. Mantener la ficción de una soberanía absoluta e intocable implicaría establecer una soberanía virtual, alejada del poder real, tendiente a provocar confusión e incertidumbre jurídica, tanto en los ciudadanos como en los propios sistemas democráticos.

Propone el autor atemperar el concepto de soberanía al actual contexto globalizado, dotándolo para ello de una serie de dimensiones a través de las cuales logre armonizar con los cambios que vienen ocurriendo en la estructura de poder. Tanto el contenido como la naturaleza de la soberanía se verían condicionados y limitados por tales cambios y afectarían, además,

el doble ámbito en que se expresa o revela este principio: el del poder constituyente² y el del poder constituido.³

PODER CONSTITUYENTE

El proceso de globalización no ha podido anular el importante rol que desempeña la constitución como norma constituyente del estado, ni impedir que la legitimidad de los tratados multilaterales que, a nivel internacional, suscriben los estados, derive de las constituciones de los estados implicados. Esto implica que la soberanía continuará residiendo en las constituciones estatales mientras no se concrete una constitución global.

Aunque en la actualidad no exista un instrumento jurídico supraestatal del cual emanen poderes legislativos, ejecutivos y judiciales hacia instituciones diversas y a través del cual se rijan y controlen las acciones y relaciones que en la comunidad internacional se llevan a cabo, no se puede obviar el hecho de que a nivel global se están produciendo, de forma cada vez más decisiva, procesos efectivos desde el punto de vista político y económico. Por su parte, el estado ya no puede desarrollar, con total autonomía, algunas de las funciones clásicas que a él se le asignaban; esto trae como resultado la necesidad de que se integre en una

2 Es la denominación del poder que tiene la atribución de establecer la norma fundamental de un ordenamiento jurídico, dando origen a un Estado y su sistema político y, posteriormente, de modificarla o enmendarla. Esta facultad es ejercida al constituir un nuevo Estado y al reformar la Constitución vigente. Por lo anterior, habitualmente se distingue un poder constituyente primario u originario y un poder constituyente derivado.

3 Los poderes constituidos emergen o nacen de la voluntad suprema del poder constituyente para darle al pueblo en su conjunto una organización política y como consecuencia de ello, esos poderes constituidos son derivativos, están limitados y regulados normativamente por la voluntad del poder constituyente, actuando la Constitución como un parámetro de validez para la actuación de estos. En este sentido los poderes constituidos son los instrumentos o medios a través de los cuales se cumplen las funciones del estado y son necesarios para alcanzar los fines y propósitos de una sociedad organizada; pero no obstante las atribuciones que tuvieron asignados en el marco de competencias que a cada uno ellos les corresponda por mandato constitucional, las mismas pueden sufrir cambios significativos en el momento en que el poder constituyente decida, como desee, sin limitaciones, reestructurar el Estado, libre de todo nexo con organizaciones pretéritas.

comunidad más amplia, comprendida por varios estados, regidos por una constitución común, dejando de actuar así como una entidad independiente y autoconstituida. En este contexto la relación entre orden constitucional e integración global se hace cada vez más fuerte y necesaria. (Jáuregui, 2000, p. 119)

La prevalencia de la lógica integracionista a nivel global sobre los derechos nacionales ocurre por diversas razones:

La primera razón está dada por:

El manifiesto desequilibrio existente entre el grado de transnacionalización económico-social y la permanencia de la vieja estructura jurídico-institucional. Los estados y las instituciones internacionales cada vez van a tener más problemas para mantener su legitimidad si no son capaces de preservar una cierta autonomía con respecto a las fuerzas surgidas o, en su caso, protagonistas de la globalización, a la hora de atender a los problemas que se vienen planteando. (Jáuregui, 2000, p. 119)

Al respecto P. de Vega (1998) manifiesta que elementos como la tensión entre la lógica del cálculo y la ganancia que rige las acciones de un mercado cosmopolita; y la lógica de las valoraciones políticas que legitima y legaliza la acción estatal, subyacen en el enfrentamiento establecido entre la mundialización económica y el estado.

La segunda razón queda establecida por el desequilibrio que paulatinamente se produce entre las atribuciones formales que, por sus respectivas constituciones, les son otorgadas a los estados y las limitaciones, cada vez mayores, de sus competencias reales por parte de las organizaciones supraestatales. La construcción de un proyecto común⁴ y la generación de una identidad de

⁴ Este proyecto común debe apostar por el futuro sin olvidar la experiencia democrática alcanzada por los estados ni las estructuras, instituciones y fuerzas a través de las cuales se han alcanzado esos logros democráticos. Debe apostar además por la defensa del estado de bienestar; por la solidaridad social; por la reducción del desempleo y el empleo estable; por la preocupación por los derechos humanos universales y la situación que atraviesa el mundo subdesarrollado, por el reforzamiento y la reafirmación de la democracia; la salvaguarda de las culturas, etc.

«ciudadanía global»⁵ son condiciones que posibilitarían la superación de este desequilibrio.

PODER CONSTITUIDO

Una constitución global debe tener su origen en la identificación y definición de las necesidades comunes de los individuos a lo largo del planeta. En este sentido recoger y proteger jurídicamente los derechos fundamentales de los ciudadanos del mundo tiene prioridad máxima⁶. La realidad exige que ciertos derechos (afectados por las grandes migraciones que se dan en todo el planeta como inmigración, asilo, libre circulación, ciudadanía, etc. se preserven y respalden a través de una normativa jurídica de carácter global ya que resulta materialmente imposible el mantenimiento, por parte de los estados, de una autonomía constitucional en este tipo de cuestiones. Regular progresivamente estos derechos fundamentales en un instrumento jurídico global responde a la necesidad, no solo de universalizar esos derechos, sino también de proporcionarles un contenido y un alcance completamente distinto del que hasta este momento ostentaban.

El derecho y concepto de ciudadanía es, para el derecho clásico, fundamental. También, desde el punto de vista del dere-

⁵ Aunque en el mundo no se puede hablar todavía de un consenso de sentimientos que excluya la controversia con respecto a la idea de una «ciudadanía global», la formación de un sentimiento global se hace necesario en el futuro. «Lo que mantiene unido un estado abarca no sólo el proyecto común, lo conscientemente decidido, tal como lo encontramos en una constitución, sino la existencia de certezas indefinidas, del espíritu, que traen causa de la historia común y de la experiencia interior.» (Jàuregui, 2000, p. 122). Poco a poco los estados y sus ciudadanos deben superara aquellas mentalidades en las que se evidencian y enraízan los mecanismos nacionalistas de exclusión. Una sociedad global democrática solo es posible si sus miembros aparecen unidos por un sentimiento de pertenencia a una comunidad común inclusiva forjado en la diversidad social, cultural, lingüística, etc.

⁶ La progresiva universalización de los derechos fundamentales no es un fenómeno exclusivo del área europea, aunque es innegable la gran atención que reciben en esta parte del mundo, sino que se manifiesta también, aunque de forma menos intensa, a lo largo y ancho del mundo. Buena prueba de ello la constituye la creciente emergencia de numerosos instrumentos (instituciones, tratados, convenios o acuerdos tanto a escala universal como regional) reguladores de derechos y libertades.)

cho clásico, su relación con el concepto de nacionalidad resulta evidente e incuestionable pues, la condición de ciudadano de un estado está directamente relacionada a la posesión de su nacionalidad. Esta concepción se desvanece en la complejidad del mundo actual.⁷ Como señala Balibar (1994) el mantenimiento del concepto clásico de ciudadanía, ya sea a nivel de cada estado o a nivel global implica la necesidad de formular una regla de exclusión creada por derecho y por principio. Por ello y como bien señala Jáuregui (2000):

Resulta imprescindible establecer un concepto de ciudadanía totalmente diferente y nuevo, un concepto que permita compatibilizar la titularidad y el ejercicio simultáneo de varias y diversas ciudadanías por parte de una misma persona. Pero para que ello suceda va a resultar necesario modificar de forma profunda muchos de los esquemas constitucionales clásicos e, incluso, la noción misma de orden constitucional. (p. 117)

Una vía para la materialización de las modificaciones a las que el citado autor hace referencia es precisamente una constitución global o un documento jurídico común a todos los ciudadanos del mundo. «Lo que une a los miembros de una sociedad definida por el pluralismo social, cultural y de valores es, primordialmente, la existencia de unos principios, unas reglas, unos procedimientos, es decir, un espacio público común o un orden jurídico-político.»(Jáuregui, 2000, p.117)

La creación e implementación de una constitución global no implicaría la desaparición de las constituciones estatales-nacionales vigentes en la actualidad; esto se debe a dos razones:

- La soberanía de los estados seguirá resultando necesaria, y jugando un rol decisivo en no pocos aspectos, en la etapa de transición hacia el establecimiento definitivo de un ordena-

⁷ Como ya se ha señalado el modelo estatal se enfrenta hoy a una profunda crisis; junto a los conceptos de ciudadanía, nacionalidad, etnia, etc. cada vez resulta más común encontrar nuevos fenómenos como integración, asimilación, pluralismo, intercambio cultural, aculturación, etc. Esta situación nos da la medida de cuan indispensable puede llegar a ser, para el desarrollo e institucionalización del «Estado global», la diversidad de identidades culturales.

miento jurídico-constitucional supraestatal. Si bien es cierto que los derechos, el status y el papel de los estado quedará estructurado de una forma más compleja y menos territorial, lo cual implica un reducción del papel de la soberanía, los estados mantendrán muchas de sus funciones tales como: ofrecer servicios sociales básicos, velar por la seguridad física de las personas, facilitarle a los ciudadanos el derecho de tomar parte en la vida política, etc. (Jauregui, 2000, p.55)

- A la actual sociedad, compleja y abierta, le corresponde una soberanía y, consecuentemente, un ordenamiento jurídico-constitucional de la misma índole. La soberanía, el estado y la comunidad territorial seguirán fungiendo como un vínculo poderoso de identidad, aunque variable e irregular, con el viejo orden westfaliano; si bien, junto a ellos, comienza a aparecer secundariamente un nuevo vínculo de identidad⁸ que, aunque solapado y alternativo, se orienta hacia el futuro ligado directamente a la promoción de un ordenamiento global.

El Estado está perdiendo su exclusividad como el contexto en el que se desarrolla el ejercicio de la soberanía, esto trae como resultado que coexistan, paralelamente diversas soberanías (en este caso se refiere a la coexistencia de las soberanía de diversos Estados). Esta situación demandará la aparición y coexistencia de diversas ciudadanías que, teniendo en cuenta las diferentes comunidades política a las cuales pertenecen los ciudadanos, les permitan ejecutar sus derechos políticos. Así, la contradicción que se observa no está relacionada con la sustitución de las viejas soberanías por una nueva soberanía global o de las constituciones actuales por una constitución global, sino en términos de superposición entre ellas.

Sería necesaria entonces la creación de un complejo sistema a través del cual se pueda llevar a cabo una distribución de

⁸ Este nuevo vínculo de identidad se refiere a la identidad que aparece y se desarrolla en el ciudadano global entendido como aquella persona que desea trascender la división geopolítica que es inherente a las ciudadanías nacionales de los diferentes Estados. Al negarse a aceptar la identidad patriótica dictada por los gobiernos nacionales y afirmarse cada uno como representante de sí mismo, los ciudadanos del mundo afirman su independencia como ciudadanos del mundo.

competencias y de soberanía entre los distintos entes o instituciones; este reparto o distribución sería posible gracias a la lógica o principio de subsidiariedad en el que se basaría este sistema. Este nuevo modelo, configurado a partir de la unión de los elementos positivos de los modelos federales y confederales, permitiría establecer límites al monopolio de los diversos estados, tanto a nivel interno como a nivel internacional, como sujetos del derecho internacional, sin acabar necesariamente con el estado. (Jáuregui, 2000, p. 127)

Held (1995) afirma que es preciso establecer ámbitos de decisión local o regional, estatal-nacional e internacional en la nueva repartición de poder. En el ámbito local- regional deben tratarse aquellas cuestiones que posibilitan una participación directa de los ciudadanos; pertenecen al ámbito nacional-estatal los asuntos que afectan a la población de un determinado territorio, es decir, los problemas y cuestiones colectivos que no superan sus propias fronteras; por último, aquellas situaciones que, por el vínculo existente entre un estado y las estructuras transnacionales requieran de una mediación internacional, se ventilan en el ámbito global.

Esta distribución de poder sería viable si se toma como referencia la redefinición que Pérez Triviño ofrece con respecto a la soberanía teniendo en cuenta el nuevo contexto globalizado en el que se desenvuelve el Estado-nación:

a) es suprema, pero en un sentido relativo, es decir, sólo respecto al ámbito de competencias que le atribuye la regla que la creó; b) limitada jurídicamente por las reglas que la constituyen en tal autoridad jurídica (...); c) no es necesariamente única e indivisible. En un mismo orden jurídico puede haber distintas autoridades con competencias distintas y excluyentes. (Pérez Triviño, 1998, p. 180)

Consecuentemente se transitaría hacia una soberanía incluyente donde:

Los actores políticos deben comenzar a aprender cómo organizarse a sí mismos e identificarse con políticas transnacionales, construyendo, como el capital global ya lo hizo, un nuevo espacio para la política a nivel transnacional. Inventando nuevas

formas de cooperación entre los Estados, entre la sociedad civil, actores que incluyan contextos nacionales diferentes para tener una visión de mundo globalizado y localizado al mismo tiempo (...) La soberanía ya no puede definirse como autonomía, porque en condiciones de globalización e interconexión, muchos problemas ya no tienen soluciones nacionales, como los problemas de migración, medio ambiente, etc. De todos modos no se puede olvidar que la cultura del Estado-nación existe. (Beck, 2007)

III.- Principios para una constitución global

A través de una constitución global se dotaría de poder legislativo, ejecutivo y judicial a una autoridad pública que sería establecida sobre y en forma complementaria a los Estados y sus constituciones. Pernice (2012) señala que para dotar de estabilidad, fiabilidad y eficiencia a este documento en lo que a sus objetivos se refiere, y que sea aceptada además como una institución legítima, sería preciso observar principios tales como: la perspectiva del ciudadano y el principio de subsidiariedad; las instituciones globales y la soberanía nacional; la acción conjunta para el impulso de iniciativas reformadoras de las instituciones; la limitación de los poderes legislativos para instituciones globales; la revisión judicial efectiva; y los regímenes y organizaciones internacionales existentes.

El autor explica que la perspectiva del ciudadano y el principio de subsidiariedad implica que la génesis de una constitución se encuentra en las necesidades de los ciudadanos de los disímiles Estados del planeta; los Estados no pueden resolver individualmente y de forma aislada problemas como la preservación de la paz, el cambio climático, los efectos de la desertificación, la creciente desigualdad entre Norte y Sur, las consecuencias de las amenazas globales contra la salud pública, la regulación de los mercados financieros, etc.; aquellas medidas que sean tomadas a nivel global con carácter vinculante solo serán asimiladas por los destinatarios si queda claro que las mismas están destinadas a resolver asuntos que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, solo pueden recibir una solución más eficiente a nivel mundial. Por otro lado el principio relativo a las instituciones

globales y la soberanía nacional hace referencia a la necesidad de instituciones globales (con miembros independientes de los intereses y las influencias nacionales) para resolver situaciones que se encuentran fuera del alcance de las políticas nacionales; acumular las soberanías a través de estas instituciones dotaría a los ciudadanos de un nuevo tipo de poder soberano conjunto en aras de resolver problemas comunes sin que esto signifique una interferencia con los poderes existentes del Estado-nación; en este caso el principio de atribución tendría poco en común con la transferencia de poderes provenientes del Estado hacia las nuevas instituciones, esto implicaría básicamente la construcción de una autoridad nueva, con una serie de competencias nuevas que se conceden a esta institución.

La acción conjunta para el impulso de iniciativas reformadoras de las instituciones parte de la acción global del ciudadano ya que sería inadmisibles que el ciudadano global no participara de alguna manera en el proceso político a través del cual se lleva a cabo la toma de decisiones por instituciones globales que actúan directamente sobre los individuos; a su vez este proceso no debe implicar prisas, debe ir de la mano con la definición de acción común, con la búsqueda del respaldo de la mayoría de las instituciones establecidas y las posibles medidas que se adopten. Poner límite a los poderes legislativos de las instituciones globales implica definir claramente los poderes legislativos que le son otorgados a las instituciones globales, estos deberían limitarse estrictamente a áreas políticas específicas; para ser establecidos estos poderes necesitarían de un consentimiento explícito por parte de los órganos representativos de la ciudadanía, de acuerdo con las respectivas disposiciones constitucionales de los Estados afectados, así mismo, debe dejarse claro que aquellos Estados y pueblos que no estén listos para participar pueden incorporarse posteriormente.⁹

⁹ Entre las condiciones para participar, debiera ser obligatorio desde el inicio, un sistema interno democrático del Estado en cuestión, basado en el estado de derecho y el pleno respeto por los derechos humanos acordados internacionalmente. Con respecto al principio de subsidiaridad, sólo en casos excepcionales de clara e irrefutable necesidad debieran concederse poderes

La revisión judicial efectiva implica, por un lado, la incorporación, a los sistemas jurídicos nacionales, del derecho global vinculante y así mismo gozar de preferencia sobre el derecho nacional que pueda contravenirle; por otro lado, implica que, cuando surjan dudas con respecto a la competencia del órgano actuante o sobre la compatibilidad con los derechos fundamentales o el *ius cogens* (derecho de gentes), este derecho global debe someterse a la revisión judicial a nivel global; a su vez los tribunales de cada Estado-nación deben velar por que cada órgano decisorio respete los límites de su propia competencia, sus obligaciones de observar el *ius cogens* internacional y los derechos fundamentales de cada ser humano. Con respecto a los regímenes y organizaciones internacionales existentes, cualesquiera que sean los acuerdos institucionales creados con el objetivo de que el estado de derecho goce de mayor atención y despeje el camino a una constitución global, una serie de dudas respecto a la medida en que pueden estos arreglos ser incorporados a organizaciones y regímenes existentes tales como la ONU (con sus respectivos programas tales como el PNUMA o PNUD), la OMC o los regímenes para la protección de la capa de ozono y para el cambio climático; o si estos regímenes y organizaciones deben ser establecidos de forma independiente a las instituciones ya existentes; todo parece indicar que, debido al carácter vinculante del el derecho internacional debe dársele preferencia al desarrollo de las instituciones ya existentes.

IV.- A modo de conclusiones

La globalización es el estadio superior de la mundialización, donde surgen estructuras globales que estabilizan y profundizan procesos que son tendencias antropológicas. Constituye un fenómeno complejo de diversas dimensiones que perturban la vida y la actividad de las personas, los lugares y las esferas de actividad de todo el planeta, en fin, a la sociedad actual. Junto a la regionalización y al nacionalismo provoca que la noción tradicional y formal de soberanía como poder supremo, origi-

ejecutivos a nivel global, con la excepción de aquéllos secretariales. (Pernice, I., (2012), p. 21)

nario e independiente, sustentada en la inmutabilidad de las fronteras estatales se encuentre fragmentada en la actualidad; así mismo provocan el cuestionamiento de las normas propias del Derecho Internacional.

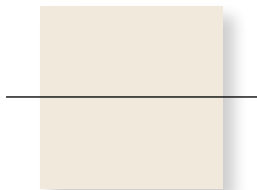
Una constitución global de la cual emanen los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales hacia instituciones diversas y a través de las cuales se rijan y controlen las acciones y relaciones que en la comunidad internacional se llevan a cabo, debe estar basada en la observancia de una serie de principios que la doten de estabilidad, fiabilidad y eficiencia en lo que a sus objetivos se refiere permitiendo además, que sea aceptada además como una institución legítima. Dentro de estos principios encontramos: la perspectiva del ciudadano y el principio de subsidiariedad; las instituciones globales y la soberanía nacional; la acción conjunta para el impulso de iniciativas reformadoras de las instituciones; la limitación de los poderes legislativos para instituciones globales; la revisión judicial efectiva; y los regímenes y organizaciones internacionales existentes.

La redefinición del principio soberanía, teniendo en cuenta el actual contexto globalizado en el que se desenvuelve el Estado-nación, es imprescindible para lograr una constitución global. Esta redefinición debe ser expresada o revelada en un doble ámbito: el del poder constituyente y el del poder constituido.

Referencias bibliográficas

- Balibar, E., (Noviembre de 1994). ¿Es posible una ciudadanía europea? *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 4, p. 27.
- Beck, U., (1998). ¿Qué es globalización?, Barcelona, España: Paidós.
- Beck, U., (11 de Noviembre de 2007) Entrevista al sociólogo Ulrich Beck: «En la globalización necesitamos tener raíces y alas a la vez», *Clarín*,. Recuperado de: <http://edant.clarin.com/suplementos/zona/2007/11/11/z-04015.htm> .
- De Vega, P., (Abril-Junio de 1998) Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual, *Revista de Estudios Políticos*. No. 100, p. 15. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27492.pdf>

- Held, D., (1995) *Democracy and the Global Order*. Cambridge, England: Polity Press.
- Jáuregui, G., (2000) *La democracia planetaria*, País Vasco, España: Nobel.
- Kelsen, H., (1965) *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Argentina: El Ateneo.
- Organización de las Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, 1945. Recuperado de: <http://www.un.org/es/index.html>
- Pérez Triviño, J. L., (1998) *Los límites jurídicos del soberano*. Madrid, España: Tecnos.
- Pernice, I., (2012) La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización, *Documento de Trabajo. Serie: Unión Europea y Relaciones Internacionales*, No. 61. Recuperado de: <http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%20doc%20%2061%20UE.pdf>
- Saskia, S., (2001) ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Barcelona, Españ: Edicions Bellaterra.
- Scott, A. J., (1998) *Regions and the world economy. The coming shape of global production, competition, and political order*. Recuperado de: <http://econpapers.repec.org/bookchap/oxpo-books/9780198296584.htm>
- Sepúlveda Ramírez, L., (2001) Construcción regional y desarrollo productivo en la economía de la globalidad, *Serie: Estudios y perspectivas*. No. 3. Recuperado de: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4854/S019709_es.pdf;jsessionid=4A8F7C257CBEE677DAE44A889CC0BD7C?sequence=1
- Smith, A. D., (1997) *La identidad Nacional*, Madrid, España: Trama,
- Sodaro, M. J., (2006) *Política y Ciencia Política. Una introducción*, Madrid, España: McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U.
- Zapata Ciro, R. E., (Julio-Diciembre de 2014) La globalización: una nueva forma de la soberanía Estatal, *Versiones*, Vol. 2, No. 6, , Recuperado de: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/versiones/article/view/22530>



10.- EL MUNICIPIO CUBANO EN EL CALEIDOSCOPIO CONSTITUCIONAL DE 2019: CON LA AUTONOMÍA EN EL LENTE



VICTORIA MARGARITA VILLARREAL LESMES Y CARIDAD ROSA JIMÉNEZ
MORALES

I.- Introducción

Desde 2019, las condiciones económicas, políticas y sociales de Cuba demandaron una revisión del tema municipal en la Constitución, y se reguló, de manera explícita y por vez primera luego del triunfo revolucionario, el principio de autonomía municipal. Tal reconocimiento se conecta con la afirmación de una función de gobierno en el municipio, por la cual este debe ejercer el liderazgo de la acción pública en su demarcación. El actual texto constitucional demanda la articulación de dinámicas de descentralización que garanticen la realización efectiva de las funciones municipales sin la interferencia innecesaria de los eslabones superiores de la pirámide político-administrativa. La tríada gobierno-autonomía-descentralización permea una nueva visión de municipio cubano, donde se enlazan fórmulas de sobrevivencia y de desarrollo a nivel local, de uniformidad-pluralidad y de participación popular autogestora (comunitarias, cooperativas, económicas y culturales).

Con esta inspiración, se identifica aún la necesidad de una comprensión teórica que incida en la transformación de la práctica sociopolítica. La declaración formal de autonomía municipal por la Ley debe acompañarse de un actuar efectivo por los órganos y actores implicados; y, en consecuencia, la práctica sociopolítica debe nutrirse de las herramientas y pautas que en el orden teórico le permitan realizar su fin constitutivo. Es por ello que, sobre la base de la revisión de las instituciones gobierno, autonomía y descentralización, se presenta una contribución teórica sobre el municipio cubano actual que busca apoyar su adecuada y democrática gestión. La pertinencia de estas líneas en el ámbito nacional destaca por lo singular de la coyuntura en que se cifran los esfuerzos de los ciudadanos y el Estado: reforzar la institucionalidad a partir de la actualización, no solo de los órdenes económico y social, sino también del ámbito de legitimación político-jurídica, vinculado, en gran medida, a su capacidad para dar solución a las necesidades públicas más apremiantes.

II.- Focos movedizos: cambios de paradigmas en la organización local

Dentro de las principales novedades del nuevo texto constitucional de 2019, encontramos la introducción de cambios en la organización local, en aras de empoderar las demarcaciones más cercanas y propiciar la participación auténtica de los ciudadanos.

En su título VII, Organización territorial del Estado, el artículo 168, dedicado al municipio, lo consagra como:

La sociedad local, organizada por la ley, que constituye la unidad político-administrativa primaria y fundamental de la organización nacional; goza de autonomía y personalidad jurídica propias a todos los efectos legales, con una extensión territorial determinada por necesarias relaciones de vecindad, económicas y sociales de su población e intereses de la nación, con el propósito de lograr la satisfacción de las necesidades locales. Cuenta con ingresos propios y las asignaciones que recibe del Gobierno de la República, en función del desarrollo económico y social de su territorio y otros fines del Estado, bajo la dirección de la Asamblea Municipal del Poder Popular.

La definición se alinea con la tradición municipalista cubana vinculada a la escuela sociológica, y en consecuencia sustituye

el calificativo de «relaciones económicas y sociales» del texto constitucional anterior, por «necesarias relaciones de vecindad, económicas y sociales de su población e intereses de la nación», lo que conjuga la satisfacción de las necesidades locales con los fines nacionales. Además, la definición recoge elementos definidos desde la doctrina como constitutivos del municipio: territorio («extensión territorial»), población («determinada por necesarias relaciones [...] de su población»), estructura de poder organizacional («bajo la dirección de la Asamblea Municipal del Poder Popular»), teleología («con el propósito de lograr la satisfacción de las necesidades locales»); a los que añade como novedad el reconocimiento de otros matices como el patrimonio propio («ingresos propios y las asignaciones que recibe del gobierno de la República») y su carácter autónomo, este último, desarrollado en el artículo 169:

La autonomía del municipio comprende la elección o designación de sus autoridades, la facultad para decidir sobre la utilización de sus recursos y el ejercicio de las competencias que le corresponden, así como dictar acuerdos y disposiciones normativas necesarias para el ejercicio de sus facultades, según lo dispuesto en la Constitución y las leyes. La autonomía se ejerce de conformidad con los principios de solidaridad, coordinación y colaboración con el resto de los territorios del país, y sin detrimento de los intereses superiores de la nación.

Si analizamos las esferas fundamentales donde se desenvuelve la autonomía municipal —dígase la institucional, política, financiera y administrativa—,¹ en relación con las atribuciones constitucionales de los órganos locales del Poder Popular, es posible colegir que:

- Respecto a la autonomía institucional no se reconoce la atribución a los municipios de dictar su propia carta orgánica o de regular aspectos como la forma de gobierno y administra-

¹ Véase Sosa Wagner (2002) y Hernández Aguilar (2014), donde se complementan sus análisis sobre el tema con el pensamiento de autores como Allan Brewer-Carías, Antonio Bandeira de Mello, entre otros.

ción locales; en tal sentido deberá interpretarse que rigen en cada territorio las que se regulan con carácter general en la Constitución sin posibilidades de modificación.

- Respecto a la autonomía política, esta se refrenda en la posibilidad de elegir o designar directamente a las autoridades municipales, así como de dictar acuerdos y disposiciones normativas, en el marco de sus competencias, sobre asuntos de interés municipal (artículo 191, inciso g). Comprende también que este poder normativo del municipio no podrá ser limitado por el legislador, a menos que se manifiesten algunos de los supuestos regulados en el artículo 184, inciso k. En lo que respecta a la posibilidad de instrumentar políticas para el desarrollo municipal a través de normativas propias, el inciso b del precepto 191 lo limita a la aprobación y control, en lo que corresponda, del plan de desarrollo integral del municipio, en el que se reconoce la intervención de órdenes supramunicipales, con la consecuente limitación que ello entraña para la esfera de la autonomía en análisis.
- El caso de la autonomía administrativa, se parte de que ella garantiza la prestación de los servicios públicos, la determinación de sus propias estructuras, y el desarrollo sin interferencias de los actos administrativos que tienen por objeto la gestión del interés local. No se encuentra en la Constitución vigente una acogida expresa de dicha autonomía. Sin embargo, si se realiza una interpretación extensiva de los artículos 201 al 203, es posible intuir una esfera de competencias a través de la descripción de sus objetivos esenciales: satisfacer las necesidades de la economía, de la salud, asistenciales, educacionales, culturales, deportivas, recreativas, y de prevención y asistencia social. No obstante, ello remite a la ley para la determinación de su organización, estructura y funcionamiento, lo que permite advertir un límite a la capacidad del municipio para determinar sus propias estructuras administrativas.
- La autonomía financiera se consagra parcialmente, al refrendarse la posibilidad del ente municipal para decidir sobre sus propios recursos, lo que complementa el artículo 191, inciso b, que concede a la Asamblea Municipal del Poder Popular (AMPP) la facultad de «aprobar y controlar en lo

que corresponda el plan de la economía, el presupuesto y el plan de desarrollo integral del municipio». Sin embargo, ello no implica, en su totalidad, la capacidad de elaborar su propio presupuesto, o de definir la manera en que deberán satisfacerse los gastos del gobierno y las necesidades locales; tampoco reconoce la posibilidad de procurar fuentes alternativas de financiamiento fuera del marco de las autorizadas o asignadas,² con lo que también se aprecia en esta esfera una reducción del ámbito de autonomía.

Sobre esta base puede concluirse que, respecto a los elementos teóricos y de Derecho comparado que configuran el principio de autonomía municipal, la nueva regulación constitucional cubana la reconoce en los ámbitos político, administrativo y financiero —con limitaciones o reducciones en las facultades que la integran—, no así en el institucional, para configurar un tipo de autonomía municipal semiplena o relativa.

III.- Autonomía- gobierno: correlación bidimensional en el ámbito municipal

El reconocimiento de la autonomía municipal aparece estrechamente vinculado a la afirmación de un gobierno local. En un acertado análisis sobre tal conectividad, L. Pérez Hernández y O. J. Díaz Legón (2020) subrayan:

Sobre la base del principio de autonomía, la Constitución les concede a los municipios capacidad jurídica para gobernar —en función de los intereses de la localidad, con subordinación al orden jurídico constitucional y a los vecinos de la comunidad—, para proveer de obras y servicios que satisfagan las necesidades comunitarias, para regular la convivencia social y la capacidad para exigir el cumplimiento de obligaciones contraídas.

Esta afirmación también tributa a la distribución, en personas diferentes, de las funciones de máxima responsabilidad en la localidad. Ya desde la Constitución de 1976 se alzaba el reclamo de que, si los presidentes de las Asambleas locales tenían el encar-

² Sobre la elaboración y operatoria de los presupuestos locales véase R 27/2020.

go de ejercer gobierno y, además, la responsabilidad directa de administrar³, en la práctica ni disponían del fondo de tiempo ni de la capacidad efectiva para realizarlo, por cuanto, al suponer la función de gobierno una actividad de fiscalización y control sobre la administrativa, se colocaba a una misma figura (presidente de la AMPP y del Consejo de Administración) como contraparte.

El experimento en las provincias de Artemisa y Mayabeque⁴, en tal sentido, arrojó como principales ventajas el aumento de la profesionalidad para el desempeño de los cargos, al colocar al presidente de la Asamblea en mejor posición para ejercer control sobre la actividad de la Administración, atender el funcionamiento de la Asamblea y las comisiones, con el consecuente fortalecimiento de su gestión y la mejor atención a las necesidades locales (Toledo Santander citado en Martínez Triay y Lotti, 2018).

3 En la Constitución Socialista de 1976, la dirección de la AMPP revestía una doble connotación como presidencia del órgano deliberativo y de la institución administrativa; las Asambleas provinciales y municipales del Poder Popular debían escoger entre sus delegados a un presidente y vicepresidente, los que, a su vez resultaban serlo de los respectivos órganos de la Administración, representando al Estado en las respectivas demarcaciones territoriales de acuerdo con las facultades establecidas por la ley. En el Derecho Municipal Comparado encontramos también este peculiar rasgo en El Salvador, Ecuador, Guatemala y Perú, donde el alcalde preside ambos cuerpos.

4 Ese experimento tuvo, como objeto, el perfeccionamiento de la administración local y el ensayo de una nueva forma de gobierno local. Se inició con la aprobación, en agosto de 2010, de la Ley 110, modificativa de la división político-administrativa en las nuevas provincias de Artemisa y Mayabeque, con su norma complementaria, el Decreto 301/2012, que se aprobó casi dos años después que el experimento había comenzado, y fue prorrogado en tres ocasiones por acuerdos de la Asamblea Nacional del Poder Popular: primero hasta diciembre de 2014, después hasta diciembre de 2016 y, por último, hasta la conclusión de la octava legislatura, en 2018, donde fueron presentados sus principales resultados mediante dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos por José Luis Toledo Santander, en su condición de presidente, que propuso que este tema se tuviera en cuenta en la redacción del nuevo texto constitucional para la modificación del artículo 117 de la Carta Magna.

Desde un punto de vista orgánico, el poder municipal quedó integrado por: la Asamblea Municipal del Poder Popular —órgano superior del poder del Estado en su demarcación— y sus comisiones de trabajo; los Consejos populares —órganos del Poder Popular de carácter representativo— y un órgano administrativo: el Consejo de Administración Municipal, designado por la Asamblea⁵. El diseño resultó novedoso frente a la arquitectura unipersonal-corporativa que predomina en el Derecho comparado de Latinoamérica al recaer las principales atribuciones del poder municipal sobre órganos de carácter colegiado. Ello también contrasta con la historia municipal cubana prerrevolucionaria donde predominaron órganos unipersonales —como la alcaldía—, que tuvieron a su cargo la función ejecutiva del municipio.

La estructura vigente sitúa al «poder superior de la demarcación» y «la más alta autoridad del territorio» en la AMPP (artículo 185, Constitución de la República, 2019). Dentro de las principales novedades, y en el marco de las estructuras auxiliares de la Asamblea, se reconoce al Consejo Popular como un órgano local del Poder Popular, con naturaleza representativa, que ejerce el control sobre las entidades de producción y servicios de incidencia local. En la Constitución se excluye de él a los representantes de las entidades más importantes en la demarcación, novedad que potencia el papel de la participación y el control popular como contraparte de la administración local y concede mayor autoridad al Consejo Popular, que en lo adelante estará integrado solamente por los delegados elegidos en las circunscripciones de su demarcación.

Por otro lado, el órgano sobre el que se hace recaer la dirección de la administración municipal es el Consejo de Administración Municipal, con carácter colegiado y funciones ejecutivo-administrativas (artículo 203). Adviértase que no tiene naturaleza representativa, sino que «es designado por la Asamblea Municipal del Poder Popular, a la que se le subordina y rinde cuentas» (artículo 202), lo mismo que el intendente, que

5 Véase Pérez Hernández y Díaz Legón (2020).

lo preside, y es designado o destituido por la AMPP a propuesta de su presidente (artículo 191, inciso e). Tal formulación contrasta con los modelos de gobierno latinoamericanos, donde los órganos administrativos son elegidos por votación popular directa. Nuestro modelo local, contrario sensu, coloca al Consejo de Administración Municipal en una posición de sujeción respecto a la AMPP (definida como órgano superior de poder en la demarcación) y que, en nombre del pueblo, ejercerá los controles pertinentes.

Las relaciones orgánicas que se establecen entre las Asamblea y el resto de los órganos del Poder Popular y organismos centrales del Estado traslucen en su conjunto el sentir constitucional de privilegiar la instancia más cercana al pueblo como principal sujeto decisor. Sin embargo, no deben obviarse los principios de funcionamiento con que se incorporan los órganos estatales: la unidad de poder y la regla del centralismo democrático que, si bien no aparecen recogidos de forma expresa en el nuevo texto constitucional⁶, permean su lógica funcional.

En el contexto de la autonomía municipal, estos principios refrendan una sujeción jerárquica de las Asambleas Municipales del Poder Popular a sus instancias superiores, donde, amén de su carácter como «órgano superior del poder del Estado en su demarcación» (artículo 185), se manifiestan factores contradictorios (subordinación e independencia) que provocan la adopción, por la norma constitucional, de soluciones matizadoras, entre ellas:

- La titulación del Gobierno Provincial como ente coordinador entre las estructuras centrales del Estado y los municipios, y armonizador de los intereses de la provincia y los municipios, en aras del ejercicio compatible de sus funciones con los órga-

⁶ Este principio aparecía en el primer texto de la Constitución de 1976, en el artículo 66, y a raíz de la Reforma Constitucional de 1992 se omitió su expresa mención en el otrora artículo 68, que abordaba los Principios de Organización y Funcionamiento de los Órganos del Estado; sin embargo, continuó vigente en aquel entonces y en la presente Constitución como concepción teórica del poder y como principio organizativo (Villabella Armengol, 1993a; b). En la Constitución de 2019 pueden interpretarse como reflejo normativo de estos principios los incisos e) y f) del artículo 101.

nos de gobierno en los diferentes territorios municipales que los conforman (artículo 171).

- La prohibición de interferencia del Gobierno Provincial, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, en aquellas que se confieren por la Constitución y las leyes a los órganos municipales del Poder Popular (173).
- Cambio de nomenclatura en los órganos de gobiernos provinciales (de Asamblea Provincial del Poder Popular-presidente a Consejo Provincial gobernador), lo que refuerza el carácter coordinador de este órgano.
- Existencia de mecanismos intermedios de control popular sobre la administración provincial a través de la obligación del gobernador (como figura ejecutivo-administrativa) de rendir cuentas de su gestión al Consejo Provincial, órgano deliberativo de carácter colegiado que se integra por representantes municipales⁷.

Estos matices develan el sentir constitucional de que, amén de un contexto de articulación vertical, los órganos superiores no deberán suplantar la capacidad decisoria que se atribuye a los órganos municipales, para evitar interferencias indebidas de estos y los organismos de la Administración Central del Estado sobre los municipios cubanos.

IV.- Fortalecimiento municipal en la Constitución de 2019: entre luces y sombras

En el orden técnico normativo, se identifica como necesario el nombramiento constitucional de los órganos municipales del Poder Popular como órganos de gobierno municipal. En tal sentido, se valora como deficiente la formulación empleada por el constituyente⁸ en el Capítulo II de la Constitución: «Órganos municipales del Poder Popular» (OMPP), por el título no

⁷ En la composición de este órgano deliberativo se encuentran los presidentes y vicepresidentes de las AMPP del territorio, elegidos directamente por el pueblo o sus delegados, así como los intendentes municipales que son designados por las Asambleas correspondientes (artículos 177, 182, 202 y 203).

reflejar, ab initio, la naturaleza de gobierno de los órganos que regula. Ello contrasta también con la técnica que prevalece en el Derecho municipal comparado, donde se titula como «gobierno» a los órganos que en la localidad desarrollan funciones político-administrativas, así como también al capítulo que los regula constitucionalmente. En el caso cubano, una regulación de este tipo apoyaría el reforzamiento de la noción teórica (con trascendencia a la práctica) de que los OMPP no solo realizan una función administrativa en las localidades, sino que deben, preponderantemente, desempeñar una de gobierno en sintonía con el reconocimiento de la autonomía municipal y la función de gestión estratégica al que están abocados en el actual contexto social.

Por otra parte, la titulación de gobierno para superar lo declarativo debe validarse necesariamente en un marco de competencias que coloquen el énfasis en el papel del municipio como instancia fundamental. De ahí la necesidad de la descentralización de facultades desde los niveles territoriales superiores, pues cómo podrá exigirse al municipio la solución de problemas y la satisfacción de necesidades si para ello depende de decisiones que lo rebasan y exceden su ámbito de facultades.

En sentido coincidente con la valoración de L. Pérez Hernández y O. J. Díaz Legón (2020), la Constitución no establece cuáles, o de qué tipo, serán las competencias (aunque podría haberlas definido claramente); no obstante, el reconocimiento mismo del principio de autonomía sigue siendo trascendental, en tanto se convierte en fundamento para convocar a su regulación posterior, con la obligatoriedad que emana de la norma suprema del Estado.

Una regulación posterior debe legislar y ampliar las competencias que se desprenden del reconocimiento de la autonomía municipal, entre estas: las potestades autorganizativas, normativas, financieras, etc., de forma tal que los órganos municipales puedan de manera efectiva constituirse en sujetos proactivos y resolutivos de las necesidades de desarrollo en sus localidades.

Como parte de sus potestades normativas debe reconocerse al municipio la posibilidad de dictarse una Carta Orgánica propia donde pueda definir el sistema o modelo de gobierno local que mejor se avenga a su realidad. Si ello se materializara quedarían planteadas un grupo de exigencias para el Gobierno Provincial sobre la base de su papel constitucional como ente conciliador:

- Reconocer el derecho del municipio a la sanción de su orden normativo fundamental representado en la Carta Orgánica, como expresión de su autonomía institucional.
- Determinar qué municipios tienen derecho a otorgarse una Carta Orgánica municipal, de acuerdo con su extensión o cantidad de habitantes; o velar por su efectivo cumplimiento, de contenerse estos requisitos en una normativa de rango nacional.
- Vigilar el ajuste de las Cartas Orgánicas de su territorio a lo preceptuado en la Constitución, las leyes y demás disposiciones de carácter general; así como su armonía con el sistema sociopolítico, principios y valores consagrados por el ordenamiento jurídico nacional.
- Velar que las normas propias del municipio se ajusten a su ámbito de competencia sin invadir el orden de competencias superior.
- Garantizar que no existan limitaciones indebidas a la autonomía municipal por parte de niveles superiores de gobierno sobre la base de lo legislado en las Cartas Orgánicas municipales.

Tales exigencias bien pueden extrapolarse al reconocimiento de la posibilidad de elección y diseño de la estructura administrativa idónea. Esta potestad no solo se justifica como expresión del principio de autonomía municipal en el ámbito institucional, sino que, además, se desprende del efectivo reconocimiento del principio de heterogeneidad, a través del cual se recomienda la adopción de soluciones particulares frente a la desigual composición de los entes municipales, las asimetrías visibles ante la irregularidad de sus proporciones y de las estructuras municipales, así como frente al pluralismo jurídico ante la coexistencia

de diferentes normativas locales, junto a las generales. Si bien una mirada a la experiencia venezolana del reconocimiento del principio de heterogeneidad deriva en la posibilidad de establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios, de acuerdo con las condiciones de su población, desarrollo económico, capacidad fiscal, situación geográfica, elementos históricos y culturales, entre otros factores, en el caso cubano la regulación vigente solo reconoce la posibilidad de crear subdivisiones político-administrativas inferiores al municipio. Ello se justifica en la letra constitucional patria a partir de la necesidad de atender las singularidades de cada territorio con diferentes extensiones territoriales, densidad poblacional, desarrollo comercial, industrial o cultural, que puedan dificultar, en menor o mayor medida, la gestión de gobierno, ameritando la consideración de regímenes especiales. Sin embargo, ello no significa que nos encontremos en presencia de la alegada autonomía institucional, toda vez que, como se advierte en el segundo párrafo del artículo 166 de la Ley de leyes, tal posibilidad recae exclusivamente sobre la ley que es, en última instancia, la que podrá establecer divisiones, regímenes de subordinación administrativa y sistemas de regulación especiales a los municipios.

En lo que respecta al redimensionamiento de la potestad financiera, el fortalecimiento del municipio cubano debe atravesar por la ampliación de la capacidad de decisión de los OMPP en la elaboración de su presupuesto, el diseño de sus ingresos tributarios y no tributarios, la distribución de los gastos locales, así como en la búsqueda de nuevas fuentes de financiación. Desde luego que, en la medida en que el municipio cubano pueda contar con ingresos propios y plataformas de financiamiento locales que le permitan impulsar su desarrollo, a la vez de sufragar la calidad de los servicios públicos, será más autónomo.

Por último y en otro orden, se plantea la necesaria incorporación de garantías de naturaleza jurisdiccional que respalden el principio constitucional de autonomía municipal en toda su concepción. En la historia municipal cubana, específicamente a partir de la Constitución de 1940, se consagraron garantías que imposibilitaban a las autoridades gubernativas de la nación o la provincia suspender o destituir a los gobernantes locales,

por cuanto tal facultad quedaba reservada al poder judicial, representado por los tribunales mediante proceso sumario, sin perjuicio de lo establecido en la norma sobre revocación de mandatos. De igual forma, se prohibió la suspensión de los acuerdos municipales por autoridad alguna, a menos que, por los tribunales de Justicia, fueran declarados ilegales previo proceso de impugnación, mientras, de un modo contundente, concedía a las autoridades municipales el recurso de abuso de poder, ejercitable ante el pleno del Tribunal Supremo, contra toda resolución del gobierno nacional o provincial que resultase, a su juicio, lesiva a la autonomía municipal (Const. 1940, arts. 212, 217 inciso b, y 218).

Si bien en el presente la institucionalidad cubana difiere en sus características de los ejemplos enunciados, se considera prudente prever que puedan, en efecto, producirse conflictos alrededor de decisiones y normas de órganos gubernativos y administrativos con diferentes órdenes de jerarquía. Previendo tal posibilidad, se señala al sistema judicial cubano como instancia imparcial y capacitada para dirimir los conflictos que de esta índole puedan suscitarse, por lo que se deben definir las cuestiones de jurisdicción y competencia por leyes de desarrollo que tributen a la protección del principio de autonomía municipal.

En su conjunto, las premisas enunciadas tributan a la ordenación jurídica de la institución de gobierno municipal en el nuevo escenario constitucional, que toman como base el necesario fortalecimiento del liderazgo de los OMPP durante la gestión eficaz y democrática del desarrollo local, así como las repercusiones del reconocimiento constitucional del principio de autonomía local que, amén de los desafíos pendientes, imponen al resto de las normativas que en lo sucesivo se promulguen el deber de alinearse con el sentir constitucional que le confiere el grado más alto de protección jurídica.

V.- Hacia la añorada autonomía municipal en Cuba. Imágenes finales

La Constitución prefirió, desde su regulación, consagrar de forma expresa las dimensiones de la autonomía municipal, a sabiendas de la insuficiente gestión local del desarrollo sostenible por las AMPP, precisamente por entender que el desarrollo local en Cuba ha pasado a constituir una política pública de

importancia estratégica como parte del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta el año 2030 (PCC, 2017); así como un eje central y articulador de las agendas públicas de los gobiernos municipales.

Las exigencias contenidas en el proceso de actualización del modelo económico y social cubano, que instan al impulso del desarrollo de los territorios, de modo que se fortalezcan los municipios como instancia fundamental —con la autonomía necesaria, sustentables, con una sólida base productiva, socio-cultural, institucional y medioambiental—, deben conducir a que se reduzcan las principales desproporciones entre estos. Conforme a lo expresado anteriormente, el principio de autonomía constituye el barniz que le proporciona el acabado a la estructura teórico-práctica del municipio, ya que en él se resume la esencia de los otros principios que lo integran, lo que conforma todo un engranaje que impulsa el funcionamiento del ente y dinamiza su desarrollo dentro del mapa nacional.

Así, deberá constituir el oxígeno de la vida de las localidades en relación con el desenvolvimiento pleno de sus órganos político-administrativos, defendiendo lo autóctono de cada localidad, su cultura, idiosincrasia, lo peculiar de cada territorio. Sobre esta base, se puede sostener un criterio propio sobre autonomía que la entienda como la capacidad, legalmente garantizada, del municipio, para representar a la comunidad humana comprendida en su territorio y que lo dota de aptitud para gestionar, de forma independiente y responsable, la satisfacción de los intereses de la sociedad local, todo ello dentro de un ámbito de competencia, más o menos amplio, que le es atribuido por la ley.

Es lógico concebir que cuando el Constituyente definió, como criterio orientador de la división territorial, a un postulado de esta naturaleza, este tendría un carácter vinculante y obligatorio, pues establece deberes y subordina los demás preceptos del ordenamiento jurídico. Por esa razón, la jurisprudencia constitucional debe contribuir a que las responsabilidades de las entidades territoriales sean asumidas por ellas mismas, sin desconocerse el apoyo que les puedan brindar las autoridades nacionales por medio de capacidades compatibles con el orden constitucional. Lo anterior significa que las entidades territo-

riales gestionan según sus propios intereses, sin ser una mera formalidad sin implicación en el mundo jurídico, sino como una realidad ineludible para los administrados.

En aquellas Constituciones políticas donde se encuentran disposiciones orientadas a garantizar que el principio de la autonomía de las entidades territoriales sea mucho más que una expresión sin significado ni relevancia jurídica, se debe desarrollar el régimen territorial —Marco de Funciones Municipales— concediendo facultades a los municipios para ejercer adecuadamente la prestación de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades sociales de sus habitantes.

La autonomía, como base innegable para la organización del municipio y como un principio necesario para el desarrollo local, se sustenta en varios aspectos que concretan su existencia. En la práctica, tal desarrollo ofrece una enorme variedad de grados y de matices en que juegan, con mayor o menor intensidad, los dos factores básicos y contradictorios de subordinación e independencia. Los aspectos que corporizan este principio son, a nuestro juicio, los que se señalan a continuación:

- La iniciativa propia en la toma de decisiones, en todas aquellas cuestiones que atañen a la municipalidad.
- Todas las funciones, atribuciones y prerrogativas del gobierno local tienen que estar plasmadas tanto en la Constitución, como norma suprema del Estado de manera general, como en una ley que las desarrolle de forma específica. La Constitución solo garantiza de manera directa lo elemental, esencial o mínimo de la autonomía local; solo protege un nivel primario de autonomía local, por lo que es necesario completarlo por el resto del ordenamiento jurídico.
- En las decisiones que se adopten por otros niveles de gobierno, dígase provincia o nación, que tengan relación con los intereses del municipio, tienen que ser consultadas previamente con este. De esta manera, existirá una consulta obligatoria a los gobiernos locales sobre todos aquellos asuntos que traigan consigo una modificación o afectación de la realidad local.

- En la delegación de funciones y responsabilidades por parte de la autoridad central a la local, esta debe tener atribuciones necesarias para adecuar su implementación a las condiciones locales, además de que deberá tomarse en cuenta la amplitud o naturaleza de la tarea, de las necesidades o de la economía para adaptar su servicio a ellas.
- El municipio gozará de plena libertad, de acuerdo a lo legalmente establecido para emitir o establecer criterios en los temas y asuntos que sean de competencia local. • Para poder llevar a cabo una gestión regular exitosa, el municipio tiene que contar con respaldo económico y recursos propios que sean suficientes.
- El municipio podrá elegir y diseñar la estructura administrativa idónea, según las características propias que posea y de acuerdo con las necesidades que requiera la comunidad.
- El gobierno municipal, en su desenvolvimiento propio, podrá asociarse y establecer cooperación con otros gobiernos locales, para intercambiar experiencias y establecer lazos comunes de trabajo, en beneficio de su comunidad.

Se defiende una visión del municipio donde se rompa con los esquemas tradicionales de centralización y que, en virtud de su autonomía, desempeñe nuevas y mayores atribuciones. El reconocimiento de la autonomía y sus dimensiones, del alcance de la función de gobierno, y del papel de la descentralización en las municipalidades, permiten afirmar la necesidad de ir más allá de los reconocimientos formales, y urgir en la práctica cotidiana de las localidades cubanas la materialización de la letra constitucional. En este empeño, los elementos teórico-doctrinales no deben desconocerse bajo ningún concepto, pues son los que señalan las pautas más efectivas para colocar al municipio en un peldaño superior al momento de gestionar, de una manera democrática y efectiva, el interés general de la comunidad local.

Referencias bibliográficas

- Capablanca, R. (1940), *El régimen municipal ante la Convención Constituyente*. La Habana: Cuba Intelectual.
- Carrera Jústiz, F. (1950) *Algunos apuntes sobre ciencia municipal y urbanismo doctrinal*. La Habana: Editorial Librería Martí.

- Contreras, F., Ubierna, J. A. y Viñals, S., (1924) Derecho municipal. Madrid: Reus. Cuba. Constitución de la República (1940) 1 de julio, Guáimaro, Camagüey. Disponible en [consulta: 6 agosto 2021].
- _____ (1976), 24 de febrero, La Habana. Disponible en [consulta: 6 agosto 2021]
- _____ (2019), Gaceta Oficial de la República de Cuba, extraordinaria, n. 5, 10 de abril. Disponible en [consulta: 21 junio 2021].
- Cuba. Decreto 301/2012, de 12 de octubre, sobre las funciones estatales y de gobierno que se ejercen y cumplen en las provincias y municipios objeto del experimento autorizado a realizar en sus respectivos territorios. Gaceta Oficial de la República de Cuba, n. 47, extraordinaria. Disponible en [consulta: 6 julio 2021].
- _____ Ley 110/2010. Ibídem, n. 23, extraordinaria. Disponible en [consulta: 6 julio 2021].
- _____ Resolución 27/2020, Procedimiento para operar los presupuestos provinciales, de las provincias y de los municipios. Ibídem, n. 4, 21 de enero. Disponible en [consulta: 6 julio 2021].
- Hernández Aguilar, O. (2014), «La autonomía municipal en el constitucionalismo latinoamericano: realidades y perspectivas. El caso de Cuba». Cuestiones Constitucionales, n. 30, enero-junio, 91- 122. Disponible en [consulta: 6 julio 2021].
- Martínez Triay, A. y Lotti, A. (2018), «Informan resultados del experimento en las provincias de Artemisa y Mayabeque». Trabajadores. Disponible en [consulta: 6 julio 2021].
- PCC (Partido Comunista de Cuba) (2017), «Bases del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social (PNDES) hasta el 2030». Documentos del 7mo. Congreso del Partido..., 18 de mayo. Disponible en [consulta: 21 junio 2021].
- Pérez Hernández, L. y Díaz Legón, O. J. (2020), «Municipio y política pública local. Una mirada al contexto cubano desde la Constitución». Universidad de La Habana, n. 289, enero-junio, 25 de abril. Disponible en [consulta: 6 julio 2021].

- Posada, A. (1936), *El régimen municipal de la ciudad moderna*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Ramonet, I. (2020), «Especial de Ignacio Ramonet: Ante lo desconocido... La pandemia y el sistema-mundo. Un hecho social total, publicado». *Cubadebate*. Disponible en [consulta: 6 julio 2021].
- Sosa Wagner, F. (2002), *Manual de derecho local*. Navarra: Aranzadi.
- Tamayo León, R. (2020), «Gobierno municipal: actor local con mayor capacidad para organizar y liderar», 28 de julio. Sitio oficial de la Presidencia y Gobierno de Cuba. Disponible en [consulta: 6 julio 2021].
- Villabella Armengol, C. (1993a), *El proceso de Reforma Constitucional y el artículo 63. ¿Negación del principio de la unidad de poder para el funcionamiento de los Órganos del Poder Popular?* Universidad de Camagüey.
- (1993b), *La historia constitucional cubana, el proceso de Reforma Constitucional de 1992 y los Órganos del Poder Popular*. *Ibídem*.



11.- EL DERECHO AL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 2019



CARIDAD ROSA JIMÉNEZ MORALES

Sumario: I.- El derecho al trabajo. Génesis de su regulación constitucional. II. Construcción teórica de la dogmática particular del derecho al trabajo. III. La Constitución cubana vigente y la regulación del derecho al trabajo. IV. A modo de Conclusiones.

Resumen

El derecho al trabajo es un derecho humano de segunda generación y su valoración constituye una atractiva indagación. Se examinan desde una obligada referencia teórica, las concepciones genéricas de la institución, seguida de una reseña para el caso cubano, centrando nuestro objetivo en los cambios ocurridos en la sociedad cubana actual, luego de la aprobación de la Constitución de la República vigente, proclamada en fecha 10 de abril de 2019. Entonces, sin estar atrapada por la inmediatez, en momentos donde la humanidad está viviendo -con miedo, sufrimiento y perplejidad- por la expansión global de una pandemia, la COVID 19; a sabiendas de que no se trata sólo de una crisis sanitaria, este ejercicio intelectual se inserta en medio de lo que las Ciencias sociales califican de «hecho social total», en

el sentido de que convulsa el conjunto de las relaciones sociales, y conmociona a la totalidad de los actores, de las instituciones y de los valores. Aun cuando se piense que el mundo se derrumbará, y al terminar esta situación excepcional la vida ya no será igual; es en este marco que escogí atender esta problemática de forma general, tal y como se esboza, a modo de reflexiones, cuya incursión en los disímiles criterios doctrinales permitió fijar un marco conceptual al respecto, con el auxilio de los métodos generales de: inducción, deducción, síntesis y análisis; del perfil socio-jurídico, el de análisis histórico-jurídico y exegético.

Palabras claves: derecho al trabajo, dogmática particular, Constitución cubana.

I.- El derecho al trabajo. Génesis de su regulación constitucional

Considerar que las reflexiones relacionadas con el derecho al trabajo, no están del todo agotadas, es la idea que nos impulsa a realizar estas líneas, a sabiendas de que, desde los propios inicios del desarrollo de la humanidad, el trabajo ha ocupado un lugar importante, por su propia naturaleza, tiene valor social y personal en las variadas formas de trabajo humano; no puede verse al hombre desprendido del trabajo, constituyendo hoy una problemática mundial a través del cual el hombre obtiene medios materiales o bienes económicos precisos para la subsistencia del trabajador y su familia, en que se promueve el derecho a un trabajo digno y socialmente útil, siendo un reflejo de la dignidad humana.

Fue con la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, donde se estableció la voluntad de atribuir fuerza normativa a los derechos y libertades reconocidos en los textos constitucionales; en el caso específico del derecho al trabajo forma parte de los llamados derechos de segunda generación, pertenecientes a los derechos económicos, sociales y culturales, siendo universal el tratamiento de esta institución jurídica asociada al momento de aparición de la lucha obrera por el reconocimiento de diferentes prerrogativas, reconociéndose los derechos sociales de los trabajadores por primera vez en la Constitución mexicana de 1917, la que ha sido considerada como la primera constitución social.

Mucho se ha dicho sobre el derecho al trabajo (Sanguinetti, 2011, p. 60), (Vega, 1988, pp. 68-123), (Fernández Bulté, 2005, pp. 313-374), (Díaz Sotolongo, 2011, p. 60), sus antecedentes, tratamientos, importancia, sin embargo, desde la óptica particular de su constitucionalización como un derecho fundamental, el derecho al trabajo produce insatisfacción, en tanto no todo está dicho y hecho al respecto, ya que todo análisis se ha realizado desde el punto de vista teórico, y no desde el punto de vista técnico jurídico, en tanto acerca del derecho al trabajo se requiere su redimensionamiento, pues no solo se precisa de su reconocimiento formal, sino que por el contrario parte de éste hasta los límites jurídicos en su ámbito social, a tono con las modificaciones del modelo económico cubano¹, donde se reconoce el desarrollo de diferentes formas de gestión económica distintas a las estatales, y se conjuguen la justicia social, la equidad y la eficiencia económica.

El derecho al trabajo, reconocido como un derecho social, forma parte de la llamada segunda generación de derechos y presuponen la existencia de una relación jurídica laboral entre empleadores y obreros, «son los que se orientan a posibilitar condiciones mínimas de vida y de trabajo para todas las personas, así como, la organización de los trabajadores para su defensa, reivindicación y participación sociopolítica» (Palomeque, 1993, p. 23). Se precisa regular las relaciones que surgen y mantienen los hombres entre sí en el ámbito laboral, ya sea en la actividad productiva o en la prestación de los servicios, estos derechos, precisan de respaldo legal que garantice su protección, es decir, deben ser protegidas por el Estado y por la Comunidad Inter-

¹ Revisar que desde los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados el 18 de abril de 2011, en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba hasta los derivados por el VIII Congreso de aprobación más reciente, tienen por base reanimar la economía cubana, atendiendo a las nuevas exigencias socioeconómicas del país, y que paulatinamente se han ido implementando en los diferentes renglones de la economía y los sectores de la sociedad, a través de las diversas instituciones del Estado, aprobando las normas jurídicas necesarias que puedan respaldar de forma legal e institucional este proceso de transformaciones que se adoptan, con la supervisión del Partido Comunista de Cuba.

nacional, al ser el trabajo una constante en la evolución de la humanidad.

El derecho al trabajo tiene su primera expresión en la Constitución francesa de 1791, pero la Constitución de 1793 no fue más allá de su rol asistencial del estado en el plano de la justicia económico-social (Sarthou, p. 176), en la que la Asamblea previó en el Título I una disposición por la que se creaba una institución para suministrar trabajo a los que no lo poseían, pero más aún, que ni lo podían procurar. También en la Constitución de 1793, se le imprimió a la sociedad la obligación de garantizar la subsistencia de todos los ciudadanos ya fuera dándoles trabajo o asegurándoles los medios necesarios de vida.

Fue la Constitución mexicana promulgada el 5 de febrero de 1917, dictada luego de la Revolución, es donde se reconocen las libertades individuales a los ciudadanos y la declaración de los derechos sociales al trabajador, «fue la primera en el mundo en elevar algunos derechos sociales a nivel constitucional, particularmente los relativos a los de carácter (...) laboral (artículo 123), por ello, se le consideró como la primera constitución social» (Trueba, 1978, p. 1), lo que es característico de las constituciones liberales, en ella se expresarían de manera auténtica los derechos sociales, y de tutela del derecho al trabajo. También, en la era moderna se logra el reconocimiento del derecho al trabajo a partir de la Constitución de Weimar de 1919, al abrirse paso a la constitucionalización social de los trabajadores en el orden económico y social» (Trueba, 1978, p. 179).

Resulta prácticamente imposible encontrar Constituciones que no hayan incorporado a su texto los derechos socioeconómicos y culturales, y dentro de ellos los principios básicos informadores del derecho al trabajo, sobre los principios de libertad e igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, son los derechos que pertenecen a hombres y mujeres por igual, tener derecho a un determinado trabajo, siendo libres de elegir el empleo con condiciones de trabajo favorables, con el derecho de continuidad o estabilidad de empleo.

El derecho al trabajo tiene por objeto humanizar las condiciones del trabajo, su reglamentación jurídica ha recibido dis-

tintas denominaciones; se le han otorgado diferentes denominaciones: «legislación industrial, legislación obrera, legislación industrial y obrera, legislación industrial y del trabajo, legislación del trabajo, legislación del trabajo y previsión social, leyes obreras; derecho del trabajo, derecho obrero, derecho social, derecho industrial y obrero, nuevo derecho, organización jurídica del trabajo» (Hernández de la Torre, p. 3). Pero más que una legislación es un derecho o conjunto de principios teóricos y de normas positivas que regulan las relaciones entre el capital y el trabajo.

El derecho al trabajo se encuentra relacionado con el correlativo deber u obligación, dimensionándose ambos en lo individual y en lo colectivo, el deber u obligación y derecho presuponen la existencia de una norma o regla de conducta que en el momento de que atribuye a un sujeto la facultad de hacer o no hacer algo impone a quien sea abstenerse de toda acción que pueda en cualquier forma impedir el ejercicio de tal facultad (Ribó, 1999). Es una aspiración social y del propio trabajador, que permitan su dignidad y la de su familia, garantizada por el Estado mediante normas tanto políticas como económicas, sociales y culturales que los protejan, dentro de las que se encuentren el derecho a la seguridad social, seguridad y salud en el trabajo, remuneración, derecho a la sindicalización, negociación colectiva.

II.- Construcción teórica de la dogmática particular del derecho al trabajo

La positividad tanto en los textos constitucionales como en los ordenamientos jurídicos del derecho al trabajo, como un derecho social, no ha conllevado suficiente desarrollo teórico, tratándose de uno de los derechos que hasta el momento no ha tenido una construcción técnico-jurídica. En virtud de estimar necesario el conocimiento en detalles de las dimensiones que justifican una dogmática particular del derecho al trabajo, significamos los elementos configuradores de cada una de ellas, sin las que no es posible, la comprensión en el orden técnico-jurídico de éste derecho humano.

NATURALEZA JURÍDICA

Para su análisis hay que tener en cuenta el doble carácter de los derechos: como derecho subjetivo, predicable con el indivi-

duo en el sentido estricto garantiza el estatus jurídico, para que esa persona pueda trabajar exigiéndose determinados requisitos, y en el plano objetivo, cuando se concreta en una norma jurídica para que se garantice el nacimiento de un derecho.

Algunos autores (Lucas Verdú, 1984) (García Pelayo, 1984), ofrecen una clasificación de los derechos, separan el ámbito social del ámbito social laboral, en el primero, incluye los derechos de reunión y manifestación, el derecho de asociación, el de libertad de expresión y el derecho de prestación; por su parte en el segundo grupo, incluye los de libertad sindical, el derecho de libertad de empleo en el marco de la economía de mercado, el derecho de negociación colectiva, el de los trabajadores y empresarios de adopción de medidas de conflictos colectivos. Menciona que existe una manera diferente de observar la institución del derecho, en cuanto al derecho socio-laboral, al tener una economía diferente se actúa por la administración de una manera diferente.

Otra evaluación merece la consideración del derecho al trabajo como un derecho fundamental, que trasciende de su simple constitucionalización, el carácter fundamental de los derechos no se agota en una fórmula constitucional, en tanto al ser reconocidas y garantizadas por el derecho positivo, resulta ser un paso importante e imprescindible para su ejercicio pleno, dimensionándolos no solamente como las aspiraciones del ser humano, sino además defendiéndolos como valores ineludibles en el devenir de la humanidad.

Deben delimitarse dos cuestiones diferentes: el reconocimiento (existencia) de un derecho y, por otra parte, el grado de protección que recibe el mismo, para alcanzar la plena dignidad de la persona humana, que en el caso específico del derecho al trabajo reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho, al ser refrendado igualmente como derecho en las Leyes Laborales o Códigos de Trabajo, según sea el término que se emplee.

Gaviria Díaz plantea (Gaviria Díaz, 2010, p.75): «Hoy día, no es posible afirmar que una persona tiene derechos cuando

sus necesidades básicas están insatisfechas, tiene que vivir como esclavo o alquilar su energía laboral. Para que las llamadas, libertades de primera generación sean posibles y viables, no mera retórica, es necesario la satisfacción de ciertas necesidades básicas. Y me parece que a ello atiende ese segundo paradigma de la dignidad humana que se concreta en los derechos económicos, sociales y culturales».

El derecho a trabajar es un derecho fundamental, que le permite a la persona disfrutar de ciertos derechos relacionados con la subsistencia y el sustento como son los derechos a la alimentación, el vestido, la vivienda. Además, la situación laboral puede afectar fácilmente al disfrute de otros derechos relacionados con la salud y la educación. El derecho a trabajar cobra cada vez mayor importancia, a medida que en todo el mundo los gobiernos van dejando de prestar los servicios básicos y éstos quedan a merced de las fuerzas del mercado y en manos de entidades no gubernamentales. Para muchas personas, ya estén empleadas en el sector formal o informal, el trabajo representa la fuente principal de ingresos de la que dependen la subsistencia, la supervivencia y la vida.

El derecho a trabajar es fundamental para garantizar la dignidad y el respeto de sí mismo de los beneficiarios de los derechos que garanticen el trabajo a todos aquellos que están en condiciones de trabajar. Por consiguiente, este derecho comprende tanto el derecho a un empleo como el derecho a no ser privado injustamente del mismo. Aunque sigue habiendo desempleo en todos los Estados, éstos deben aplicar los principios básicos establecidos para garantizar la plena efectividad del derecho a trabajar.

Se confirma el criterio que la naturaleza jurídica del derecho al trabajo, de un lado es un derecho fundamental, siendo además un derecho social-económico, es un derecho estructurado sobre una fundamentación que coloca al hombre en su dimensión social, para el que reivindican condiciones que le posibiliten vivir.

Su carácter fundamental ya ha sido referenciado anteriormente, en cuanto su carácter social, parte del hecho de que el derecho al trabajo, humaniza a los individuos, sus relaciones y el

entorno en el que se desarrollan, como derecho es una muestra de los valores de dignidad, igualdad y solidaridad humanas. En el trabajo es donde el hombre encuentra su razón de ser, pues comenzó a socializarse y es social por la comunicación como base de las relaciones sociales, por la necesidad del trabajo.

En el caso del trabajo, el trabajo decente resume las aspiraciones de la gente durante su vida laboral, significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres.

Un valor importante en la naturaleza del derecho lo juega la igualdad, en que todas las personas tienen el derecho. La construcción de una sociedad con plena vigencia de las libertades y de los derechos individuales pasa por la construcción de una sociedad más igualitaria. A eso apuntan los derechos económicos, sociales y culturales. Por eso, se considera bienvenido al estado constitucional de derechos.

El derecho al trabajo es el derecho fundamental humano, por el que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, sin discriminación, con igualdad salarial, remuneración digna, protección social y derecho de sindicalización, reconocidos mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De lo anterior se deriva un elemento esencial, el salario, analizando que el derecho al trabajo también pudiera considerarse un derecho de base económica, al constituir el salario. Si es el objeto de la obligación más importante del empresario, aparece, como contraprestación del trabajo, y puede ser definida como la retribución que recibe el trabajador (Borrajo, 1970). Pero dado la situación social y económica del trabajador, quien vive de su trabajo, el salario, como participación que corresponde al

esfuerzo del trabajador en la riqueza nacional, interviene en la creación de bienes materiales, en el proceso de las relaciones de producción, es su único y primordial medio de vida.

La fuerza de trabajo es una mercancía especial que el trabajador vende a cambio de un salario y que su valor está determinado por las condiciones de descanso, recuperación, alimentación, que necesita el ser humano para reponerse de la fatiga del trabajo diario.

El hombre mediante trabajo, en el ámbito económico, obtiene los principales medios de subsistencias, y las relaciones de trabajo se dan en el marco de las relaciones económicas son un factor de producción, transforma el mundo, desarrolla las energías potenciales de la naturaleza, el trabajo desde su nacimiento tiene la capacidad de transformar con su trabajo, en su beneficio las producciones de la naturaleza y su medio circundante, jugando un rol esencial en la formación del hombre biológica y socialmente.

Por otra parte, la vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia, y de modo que, asegure la existencia digna del hombre. En el caso de que no pueda concederse al hombre una ocupación conveniente, se le debe asegurar los medios necesarios para su subsistencia.

En fin, el derecho al trabajo se configura como un derecho fundamental, que posee respaldo en la dogmática constitucional, que posee además un carácter social- económico.

TITULARIDAD

En los extremos de la relación jurídica en la que forma un derecho existen dos partes: los beneficiarios del ámbito de libertad garantizado y los obligados -de una forma o de otra- a garantizar el derecho. Al primero se le ha denominado sujeto activo y al segundo sujeto pasivo, designación convencional ya que no tiene nada de pasivo el responsable de garantizar el espacio de libertad refrendado por la norma constitucional (en el caso de los derechos de libertad) o de prestar un servicio para su ejecución (en el caso de los derechos de prestación).

Algunos (Villabella, 2006) (Lucas Verdú, 1984), sostienen la postura de que el ejercicio de los derechos y libertades deriva

de la particular circunstancia de tratarse de un ámbito de autonomía que el sujeto de aquellas disfrute, el concepto de titular del derecho no se proyecta en sentido unívoco en lo referente a la activación del ejercicio del derecho; así el titular de derecho de la esfera individual como el de la vida, no los ejerce aquel, sino que su afección es la su simple posesión: posee los derechos y no los ejerce frente a lo que acontece con otros derechos, como el derecho de asociación cuyo ejercicio puede implicar la vertiente positiva; asociarse, o la vertiente negativa de no hacerlo.

En la visión del Constitucionalismo liberal el sujeto activo lo constituyó el individuo y el sujeto pasivo el Estado, lo cual representaba una interrelación vertical diáfana. A esta concepción respondió el término derechos públicos subjetivos. Esta ecuación fue acotada luego con la ampliación de la noción poderes públicos empleada inicialmente para referirse solo a los organismos de la administración pública.

En este sentido, la doctrina consideró que eran sujetos pasivos de los derechos también otras instituciones del Estado como el Parlamento, u otros entes no pertenecientes a la administración, pero habilitados para prestar una función pública como los organismos autónomos, las unidades empresariales del Estado y las entidades que disfrutaban de una concesión administrativa.

En la relación jurídica que toma forma de un derecho existen dos partes: los beneficiarios y los obligados. Se denomina al primero sujeto activo y al segundo derecho pasivo, aunque dicha pasividad resulte relativa por cuanto debe realizar acciones que satisfaga las necesidades del sujeto activo.

Se sostiene la existencia de un sujeto de carácter impersonal: con carácter general o inconcreto al titular de determinados derechos; y sujetos de alcance concreto: atribuidos a la persona concreta. Se refiere solo a los trabajadores, lo que define y determina el sujeto del derecho. Al igual que otras concepciones han replanteado la teoría, reformulando la imagen sujeto activo/individuo—sujeto pasivo/poderes públicos al considerar que los derechos tenían una eficacia horizontal entre particulares, los que podían ser personas físicas o jurídicas. Esta percepción introdujo dos consideraciones adicionales. La primera, la naturaleza negativa del vínculo, diferente a la positiva con que quedaba atado el

Estado. La segunda, los diferentes matices que puede adquirir la relación en tanto, en unos casos los sujetos podían estar en condiciones de igualdad y en otros sumergidos en una relación de poder en los que uno tiene desventaja.

En esta línea de pensamiento se puede añadir también, la aceptación por Cruz Villalón (Cruz Villalón, 1992), de que las personas jurídicas privadas pueden ser titulares de determinados derechos compatibles con su naturaleza de ente colectivo (v. gr.: libertad religiosa, libertad de expresión, derecho de asociación, derecho de reunión, derecho de manifestación, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de petición, derecho de inviolabilidad de domicilio, etcétera). En cuanto al sujeto activo de los derechos es válido resaltar a su vez tres aspectos entre los que existe una relación intrínseca, pero que cuando no se interpolan producen situaciones *sui generis*: la capacidad jurídica *iusfundamental*, la titularidad del derecho y la capacidad de obrar.

La capacidad jurídica entendida como la cualidad que tiene el individuo por el hecho de serlo, la titularidad del derecho relativa a la posición que tiene el mismo y la capacidad de obrar *iusfundamental* relativa a la facultad que posee el individuo para ejercitar un derecho. A partir del reconocimiento de estos atributos del sujeto activo se ha generado nueva doctrina, que incluye a los menores y a las personas que padecen de enfermedad mental, la cual ha transitado desde un representante común pleno y absoluto ejercicio del derecho del representado a una posición que sostiene que la presunción de capacidad total pueda no ser absolutamente cierta, por lo cual se habla de una representación parcial, incluso temporal, ceñida al grado de madurez y capacidad de discernir del sujeto.

La capacidad jurídica, se entiende aquel que se deriva del sujeto como destinatario de efectos jurídicos, que genera la norma jurídica y, en consecuencia, titular de los derechos subjetivos que de ella se desprenden. La misma se basa en la posibilidad de intervenir personalmente en el ámbito jurídico sin necesidad de intermediarios, siendo capaz de activar los mecanismos jurídicos que son contemplados en el ordenamiento jurídico.

En torno a la capacidad, en la realidad de hoy no tan solo se trata de personas con enfermedad mental, en esta situación,

también se pueden encontrarse aquellas personas que poseen limitaciones físicas o enfermedades profesionales o no, que poseen dificultad para el desarrollo de ciertas actividades consideradas por otras personas como totalmente normales. Sin embargo, con independencia de su defecto específico, poseen las mismas capacidades, necesidades e intereses que el resto de la población; por lo que constitucionalmente y desde la óptica del derecho al trabajo es un elemento importante y a tener en cuenta en la política social dirigida a mejorar la calidad de vida de estas personas.

Se observa la concepción sujeto activo y sujeto pasivo ha experimentado cambios a través de la historia, desde una concepción liberal en la cual se encontraba muy bien delineados como sujeto activo al individuo y como sujeto pasivo al estado, pero esta concepción vertical de la relación jurídica constitucional se ve modificada cuando se amplía la noción de poderes públicos por la intervención de organismos de la administración pública, sujetos pasivos por ejemplo al parlamento, los organismos autónomos, las unidades empresariales del estado y las entidades que disfrutan de una concesión administrativa.

En este caso la identificación de personas físicas son las que ocupan un lugar palmario como sujeto de derechos y libertades, persona jurídica son los titulares de todos aquellos derechos compatibles con su naturaleza de ente colectivo.

Posteriormente se reconoció una eficacia horizontal a los derechos entre los sujetos activos y pasivos, cuando se produce una relación jurídica constitucional entre particulares, los cuales podían ser personas físicas o jurídicas. Una vez más resulta modificada en el constitucionalismo clásico cuando dejó de prevalecer la idea de que el receptor del derecho era siempre el individuo. Esto se potencia cuando se formulan los derechos de segunda y tercera generación por cuanto se reivindican los derechos de grupos de personas y de comunidades. Modernamente se ha ampliado vertiginosamente sobre todo lo relativo al sujeto activo la concreción de los derechos constitucionales.

Con respecto a la titularidad (ámbito personal) del derecho al trabajo, deberá identificarse a quienes corresponde la titularidad en el texto constitucionales, si se le reconoce a todos los

ciudadanos residentes en el país, ya sean nacionales o extranjeros, como sujetos activos de este derecho, en tanto la utilización o no del término todos, es en sentido genérico, lo que atribuir genéricamente esta denominación no identifica plenamente al sujeto activo, siendo el reflejo de la progresiva extensión de la titularidad, característica de la evolución que han experimentado los derechos fundamentales.

El derecho al trabajo se encuentra relacionado con el correlativo deber u obligación, dimensionándose ambos en lo individual y en lo colectivo. En lo individual es una aspiración social y del propio trabajador, que permitan su dignidad y la de su familia que presupone la existencia de una relación jurídica laboral entre empleadores y obreros y desde el ámbito colectivo, acarrea un mandato a los poderes públicos para que se lleven a cabo políticas de pleno empleo. Este derecho debe ser protegido por el Estado y por la Comunidad Internacional, al ser el trabajo una constante en la evolución de la humanidad.

En síntesis, el sujeto activo es el ciudadano en una doble dimensión: individual y situado en un colectivo social. El sujeto pasivo es el Estado y las personas jurídicas privadas que participen como actores económicos, pudiera corresponder igualmente que operaran como sujeto pasivo junto al Estado, no tan solo las personas jurídicas sino también personas naturales. Plantean un comportamiento prestatario del Estado, una obligación de hacer que posibilite la realización de los derechos.

Sujeto pasivo: Estado, como ente encargado de establecer las normas y mecanismos legales para su reconocimiento y protección, así como las condiciones reales de vida objetivo para su ejercicio y disfrute. Luego ya sean públicos o privados, también pueden intervenir, obligados a garantizar y proteger estos derechos ya en el marco de una relación laboral, ya es un derecho subjetivo.

EL OBJETO

El objeto del derecho es la dimensión de la realidad personal que el enunciado de la norma refrenda, la fracción de la libertad genérica que se concreta y eleva a rango constitucional, transformándose de mera expectativa en una prerrogativa que

genera potestad. Se asocia a un bien de la personalidad que se reivindica jurídicamente por resultar esencial para el desarrollo del ser humano en su doble perspectiva individual y social. El objeto del derecho es asegurar que una vez reconocido, no se vea afectado por regulaciones posteriores que a partir de determinadas motivaciones puedan menoscabarlo. Se debe a aquella que ha merecido serlo en una norma constitucional, vinculado al proceso civilizatorio del hombre.

Los bienes de la personalidad están asociados a necesidades humanas que se han objetivizado en el proceso civilizatorio, tienen un carácter histórico y progresivo. De allí, el proceso de multiplicación y especificación que se ha producido en los derechos relacionados al surgimiento de nuevas exigencias que ameritan juridificarse o de nuevas formas de agresión a la dignidad humana que requieren reprimirse. Lucas(1984) y Villabella (2006) consideran que los bienes son datos social e históricamente vinculados a la experiencia vital humana que poseen objetividad y universalidad que hacen posible tanto su generalización a través de la discusión racional y el consenso, como su concreción en valores.

La determinación del objeto del derecho al trabajo permitirá configurar su contenido esencial, en sentido general, este acceso se producirá en igualdad de condiciones y oportunidades, por lo que se excluyen toda manifestación de discriminación, ya sea por motivos de sexo, raza, edad, origen étnico, afiliación política o credo religioso, principalmente. En otras palabras, toda manifestación de la actividad de trabajo, mientras no se restrinja normativamente el mismo.

Según lo preceptuado en las normas constitucionales, se ha insistido en la doctrina comparada en la necesidad de delimitar, en primer lugar, el término a utilizar, con el propósito de determinar el alcance de los respectivos preceptos constitucionales. En el caso del derecho al trabajo debe utilizarse concretamente la palabra trabajo, porque en el caso de utilizar otros términos, como empleo, pudiera confundirse con el derecho a trabajar, a tener un empleo, un trabajo, cuando pudiera entenderse como el

derecho al empleo como uno de esos derechos contenido dentro del derecho al trabajo.

Trabajo, se conceptualiza por el Diccionario Cervantes (Alvero, 2008) «como acción, y efecto de trabajar, el hombre ha llegado a ser por lo que es, ocupación retribuida», por su parte se considera «Empleo» al destino u ocupación.

Un elemento constitucional que debe caracterizar el derecho al trabajo, como derecho fundamental, es su reconocimiento en el texto constitucional, siendo el pilar en el que se sostiene su eficaz ejercicio; desde la Constitución mexicana de 1917, los ordenamientos constitucionales han tratado de una u otra forma este derecho, pero de la adecuada reglamentación del mismo depende su eficiente tratamiento, aún y cuando no basta la formulación del derecho al trabajo para que el mismo sea garantizado, en tanto no evita que los titulares, al momento de ejercitarlos, vean vulnerados sus derechos, por lo se precisa de que sean tutelados.

En el sistema de garantías con relación al derecho al trabajo deben quedar plasmadas en los textos constitucionales las específicas, como son las materiales. La materialización de este derecho dependerá en gran medida de las proyecciones y la instrumentación de políticas públicas que den al traste con la creación de condiciones materiales mínimas indispensables para su realización, respaldadas igualmente con las garantías jurídicas genéricas del derecho al trabajo, de acuerdo con lo que se disponga en los textos constitucionales, en las normas de desarrollo de los preceptos constitucionales que regulan este derecho, y en sentido general, en el resto de los ordenamientos jurídicos respectivos.

Es importante no perder de vista que la garantía deriva de la idea fundamental de confianza que debe presidir todas las relaciones jurídicas, su finalidad no es otra que la de suministrar: seguridad, protección o defensa, como se señala anteriormente, el reconocimiento constitucional de los derechos, es un requisito jurídico-político necesario, pero no suficiente para garantizar su efectiva aplicación.

La efectividad de los derechos depende tanto de su reconocimiento constitucional como de la existencia de mecanismos adecuados, prácticos y disponibles para prevenir sus violaciones y reaccionar contra ellas, unido a la necesaria condicionalidad material para su pleno disfrute.

Por un lado, aparecen las ideas de que entre las mismas garantías dirigidas a su defensa en caso de ser amenazado, vulnerado o lesionado su ejercicio, se destacan las jurisdiccionales y las no jurisdiccionales-concretas ambas-, las abstractas o normativas y las institucionales. Las garantías jurisdiccionales, mecanismos que abren la posibilidad de demandar ante órganos de este género la preservación o el restablecimiento de los derechos humanos, pretenden ofrecer a los titulares del derecho la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales ante la posibilidad de presunta vulneración en el ejercicio de un derecho fundamental con el objetivo de exigir la debida restitución del mismo, apreciándose como un elemento imprescindible para concretar el contenido de los derechos fundamentales.

Por otro lado, se considera que las garantías no jurisdiccionales, o garantías institucionales, brindan protección a los derechos fundamentales ante órganos no judiciales pero que forman parte del sistema jurídico, tales como el Defensor del Pueblo, la Procuraduría General, el Ministerio Público, etc. Otro tanto representan las garantías abstractas o normativas, que, aunque no constituyen procesos ni mecanismos específicos, sino instituciones encausadas a enfrentar las violaciones de los órganos públicos desde una perspectiva prácticamente preventiva, se prevén constitucionalmente con el propósito de evitar que se modifiquen los mismos, asegurando su integridad en su sentido y función. Entre las mismas sobresalen la eficacia y aplicabilidad directa de los derechos, el respeto al contenido esencial, la reserva de ley y la rigidez constitucional.

EL CONTENIDO

El contenido del derecho es el haz de poder a través del cual se materializa el objeto del derecho, las acciones que permiten desplegarlo, el abanico de facultades que posee el titular del

derecho y que posibilitan realizar el ámbito de libertad reseñado en el enunciado normativo. Se expresa a través de tres modalidades: un permiso de hacer, una prohibición de interferir o una obligación de actuar.

El contenido se identifica con las facultades que poseen los titulares del derecho que le permite realizarlo dentro del ámbito de libertades, que permite el constructo legal, tanto frente al estado como a particulares. Es el conjunto de facultades de que dispone el titular del derecho de frente a aquel que viene obligado a garantizarlo, que le permitan ejercitar este derecho, son las facultades del individuo que pueda ejercerla, y a los demás que pueda afectar cuando se ejerzan.

El contenido esencial de los derechos es la parte de estos que da vida al derecho en sí mismo, para que pueda concretarse y hacerse efectivo a través de los mecanismos concebidos para ello, por lo cual el contenido esencial de un derecho queda desactualizado cuando sea sometido a limitaciones que lo hagan impracticable por la complejidad que implica accederle.

De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Rubio, 1993). El contenido del derecho está determinado por la definición de qué expectativas de conducta (propia o ajena) son el objeto del derecho, cuáles las facultades y poderes jurídicos a disposición del titular del derecho para su disfrute o para hacerlo valer frente a terceros. La esencia del derecho debemos verla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica.

La labor jurisprudencial en cada país constituirá el medio por excelencia en la configuración de aquél. De este modo se preceptúa que ninguna norma jurídica que regule el ejercicio de un derecho fundamental restrinja su contenido esencial, destruyendo o deformando sus características esenciales, condición ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titu-

lar la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga. El texto de la norma deberá contener un lenguaje comprensible,

Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su esencia cuando se le prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.

El contenido esencial se preceptuó como el conjunto de atributos que tipifican al derecho, el núcleo de aspectos básicos que reflejan la substancia de éste y permiten su realización básica. Sobre este espacio constitucional vital, se delineaba el resto del contenido del derecho que quedaba a merced del legislador ordinario, el que intervenía para concluir la configuración del derecho. Esta tesis supuso una revisión del papel del legislador ordinario como ente que termina de tornear el derecho y demarca el último peldaño en su normativización. Bajo este supuesto, el legislador solo incide en el derecho cuando es llamado a ello por mandato constitucional mediante reserva de ley, siempre con el objeto de complementar el postulado de la norma iusfundamental, desarrollar el derecho y crear las condiciones más favorables para su ejercicio.

La Constitucionalización de los derechos sociales tiene que ver con las condiciones para su reglamentación: concretamente, con la denominada reserva de ley, es decir, con la obligación de desarrollar en sentido formal el contenido de cualquier derecho fundamental que se ha establecido en la constitución o en un pacto de derechos humanos mediante una ley. «Este momento, que es el legislativo, requiere de la incidencia de la comunidad, de los actores civiles, por la vía del empleo activo de las garantías sociales. Ello significa que al momento de la conversión de ese derecho en la constitución o en una ley (para su especial reglamentación), se precisa de su transparencia y de su fiscalización, por otra parte, la utilización de las garantías sociales tradicionales, que están vinculadas con la participación política, debería estar dirigida a la discusión sobre cuáles y cómo son las leyes que garantizan y reglamentan el contenido de esos derechos.

De todo lo anterior, se colige que en el ámbito del derecho al trabajo se precisa regular las relaciones que surgen y mantienen los hombres entre sí en el ámbito laboral, ya sea en el actividad productiva o en la prestación de los servicios, estos derechos, precisan de respaldo en el orden constitución legal que garantice su protección, dicho mandato constitucional ha tenido en su evolución un carácter híbrido, al recogerse expresamente en la mayoría de las constituciones, su condición de deber, es decir, se proclama tanto como derecho, como deber.

LÍMITES

Una noción inicial de acercamiento a los derechos, puede venir propiciada por la consideración de los límites dentro de los cuales esta expresión puede tener un significado preciso, debiendo para ello disponer de términos que desde la teoría y la política lo identifiquen. Lo que puede contribuir al alcance significativo de la forma peculiar de lenguaje normativo, por lenguaje normativo se entiende en ella utilizado para prescribir, prohibir, autorizar, criticar o justificar conductas, reconocer derechos o competencias. Los límites de los derechos son restricciones impuestas al objeto del derecho mediante la exclusión de algún supuesto de su contenido o la prohibición del disfrute a su titular en determinadas circunstancias. Constituyen reservas que se colocan al tiempo, modo o lugar de ejercicio de un derecho.

La doctrina ha distinguido entre límites externos o en sentido propio y límites internos o inmanentes. Los límites internos del lenguaje normativo se refieren al uso de herramientas lingüísticas que sirvan para ciertos fines, para perseguir otros para los que no son idénticos, en tanto, los límites externos son aquellos que excluyen o dejan fuera a aplicación de un conjunto de reglas pertenecientes a una dimensión del lenguaje normativo por fallas en las presuposiciones contextuales que conciernen a esa dimensión.

También son implícitos a los derechos, no se crean, sino que se concretan, bien por razones de coexistencia entre los derechos o porque expresamente queda excluida una conducta del objeto del derecho. De esta consideración se desprende que

sea delimitado el contenido del derecho, sin que se coloquen límites a los mismos.

Los límites externos son las restricciones que el constituyente prevé se pueden imponer a determinados derechos en circunstancias especiales, lo cual deja asentado en la constitución a través una habilitación que le otorga a un poder público para que lo haga efectivo (v. gr.: derechos que se limitan o adoptan un régimen especial en las situaciones excepcionales o de emergencia). Tiene un carácter externo; contingente ya que puede hacerse efectivo o no; constitutivo porque lo cristaliza conforma un poder público constituido; y se proyecta sobre el objeto del derecho.

Por la implicación que tiene, la teoría constitucional ha cubierto a este tipo de límite con los siguientes requisitos: producirse solo a partir de una habilitación constitucional, desarrollarse en los términos que se fijan respecto al órgano y las causales, revestir forma de ley, estar justificado por la protección de bienes o intereses constitucionales, ser proporcionado a los fines que persigue, y respetar el contenido esencial del derecho a fin de no desfigurarlos o vaciarlos de contenido. La acción de limitar un derecho, sea de manera externa o interna, tiene a su vez un límite, cuestión que ha sido acuñada en la teoría como el límite de los límites.

Un límite de un derecho fundamental, es siempre la negación, en último término, de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del derecho fundamental. Es decir, un límite, al tiempo que priva de protección constitucional a una expectativa de conducta objeto inicialmente de un derecho fundamental, permite, precisamente por esa exclusión, el ejercicio de poder público sobre ella.

En esta arista es consideración que los límites de los derechos, tienen que completarse necesariamente con la de los límites de los límites, porque en forma contraria los derechos y libertades no tendrían ni una mínima resistencia frente a los demás bienes constitucionalmente protegidos y en el orden constitucional se vencería en definitivas hacia éstos últimos en deterioro de aquellos.

Se considera que cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que la legitiman, solo así este acto limitativo será controlable jurídicamente con el fin de comprobar si en realidad aplica un límite constitucionalmente conforme o si simplemente está vulnerándose el derecho fundamental. Uno de los límites a la Constitución, es a la reserva de ley, según la cual únicamente se podrán desarrollar aquellos, tanto en un sentido positivo como negativo. Se trata de que sea el ejecutivo el que a través de su potestad reglamentaria pudiese limitar el ejercicio de los derechos.

Luego de las anteriores consideraciones, se puede concretar el un análisis de los límites respecto al derecho al trabajo en particular, como los límites respecto al salario, pues el trabajo suele mantener, en alguna medida más o menos limitada, el derecho del trabajador a la remuneración en caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación labora, por parte de éste (licencia remunerada por enfermedad o accidente).

Veíamos entonces, que la legitimidad de la intervención pública en el derecho al trabajo es una manifestación inequívoca del reconocimiento social alcanzado por el mismo, consecuencia de la idea imperecedera de mejoramiento de la calidad de vida y las relaciones humanas que ha logrado transmitir en las sociedades en torno a la actividad laboral.

Pero su positivación tanto en los textos Constitucionales como en los Ordenamientos jurídicos de los Estados no ha tenido un suficiente desarrollo teórico, requiriendo la construcción técnico-jurídica de este derecho y la construcción teórica en torno a él, el adecuado dimensionamiento, logrando así, su perfeccionamiento y eficacia en las normas complementarias.

III.- La Constitución cubana vigente y la regulación del derecho al trabajo

La Asamblea Nacional del Poder Popular en Cuba, en ejercicio de su facultad constituyente, acordó, en su sesión extraordinaria del 2 de junio de 2018, conformar de entre sus diputados una Comisión en la que estuviera representada una parte

importante de los sectores que integran nuestra sociedad, bajo la dirección del Primer Secretario del Partido Comunista de Cuba, Raúl Castro Ruz, con el objetivo de preparar un anteproyecto de Constitución de la República.

Como antecedentes importantes, se analizaron los Acuerdos derivados del VI Congreso y la Primera Conferencia Nacional del Partido Comunista de Cuba, vinculados con el objetivo de estudiar los posibles cambios a introducir en el orden constitucional, destinados al proceso de fortalecimiento de la institucionalidad desarrollado en el Estado cubano, la necesidad de hacer corresponder la Constitución con la realidad social, política y económica, el futuro previsible, y las demás medidas que han sido aprobadas en los últimos años.

Se realizó un profundo estudio de la historia patria, la tradición constitucional, los procesos constitucionalistas desarrollados en América Latina en los últimos años y las experiencias derivadas de aquellos países que construyen el socialismo, así como textos constitucionales de otras Naciones, por lo que la Comisión trabajó intensamente, tomando como referencia los estudios realizados con anterioridad, el aporte de expertos y especialistas de diversas instituciones. Luego de amplios debates se presentó un proyecto de Constitución de la República al máximo órgano de poder. Transcurrido unos días se desarrolló una histórica sesión de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en el primer periodo ordinario de sesiones de la IX Legislatura (Periódico Granma, 23/7/2018), momento en el que se aprobó por unanimidad el proyecto de reforma constitucional, con las modificaciones acordadas en el transcurso del análisis.

El proyecto de Constitución de la República quedó aprobado los días 21 y 22 de julio del año 2018, después se sometió a consulta popular, precisamente en el año que se conmemoró el aniversario 150 del inicio de las guerras de independencia de Cuba como expresión de la continuidad de las luchas revolucionarias que nos han distinguido por más de una centuria y media.

El Proyecto mantuvo 11 artículos de la Constitución de 1976, vigente en ese momento, modificó 113 y eliminó 13. El texto contenía preámbulo, 224 artículos (87 más), divididos en 11 títulos, 24 capítulos y 16 secciones. Se destaca por una

estructura coherente y sistemática, logró un reordenamiento lógico de sus contenidos, evitando su dispersión. Se empleó un lenguaje con la terminología que debe caracterizar un texto constitucional y con nuestra realidad política, económica y social. La redacción en términos generales de sus contenidos confirió mayor flexibilidad, perdurabilidad, seguridad y aplicabilidad de la Constitución.

En su contenido se reafirma el carácter socialista de nuestro sistema político, económico y social, así como el papel rector del Partido Comunista de Cuba, se incorpora el concepto de Estado socialista de derecho. Finalmente, el Referendo se realizó el 24 de febrero del año 2019. De más de 8 millones de cubanos con derecho electoral, participaron 7 millones 848 mil 343, para un 90.15 %, y de ellos votaron afirmativamente 6 millones 816 mil 186 ciudadanos, lo que representa el 78.3 % del cuerpo electoral y el 86.85 % de los que ejercieron su derecho al voto. El acto de proclamación del nuevo texto constitucional se realizó el día 10 de abril de 2019, en homenaje al 150 aniversario de la Constitución Guáimaro.

La Constitución cubana vigente, realza la regulación del derecho al trabajo al disponerlo como un valor supremo del ordenamiento jurídico; y a través de ese mandato constitucional, el Estado determina los principios que refrenda a escala de la sociedad, en su nexo con todos los derechos, deberes y garantías de los ciudadanos, con igualdad jurídica, y que tributan activamente al logro del consenso y estabilidad política de la sociedad cubana.

Ya con anterioridad la Constitución de 1976², modificada en tres oportunidades, en 1978, 1992 y 2002, realizó modificaciones debido a las transformaciones en la política económica del país, para lograr la estabilización de la economía nacional, con vistas a su reanimación y rápida recuperación. Adoptándose, un conjunto de medidas de carácter económico, financiero,

² Un análisis más detallado de las dimensiones del derecho al trabajo en esta Constitución aparece en el texto de esta autora, Jiménez Morales, Caridad Rosa: *El derecho al trabajo. Estudio de su dogmática desde una visión Latinoamericana*. Leyer Editores, Bogotá, 2016.

de inversión extranjera, modificación en el sistema empresarial cubano, la aprobación de las empresas mixtas, apertura del turismo internacional, búsqueda de nuevos mercados a escala internacional, lo que trajo como consecuencia el incremento de nuevas formas de propiedad no estatal. No obstante, quedaba pendiente el hecho de que la propiedad privada no encontraba respaldo constitucional de manera expresa; ya desde 1976, estaban sentadas las bases del ordenamiento jurídico laboral cubano, en el Capítulo VII.- «Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales», reconoce los derechos sociales de segunda generación, contiene todos los derechos y deberes de los ciudadanos, señalando particularmente el derecho al trabajo, recibiendo una ubicación correcta dentro del catálogo de derechos; el trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano, incluyéndolo como un derecho fundamental. El trabajo es remunerado conforme a su calidad y cantidad; al proporcionarlo se atienden las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador y su aptitud y calificación; lo garantiza el sistema económico socialista, que propicia el desarrollo económico y social sin crisis, y que con ello ha eliminado el desempleo y borrado para siempre el paro estacional llamado tiempo muerto.

Desde entonces, se reguló el derecho al trabajo como uno de los principales e indispensables derechos para el ciudadano, desde diferentes perspectivas, en tanto, no constituye tan solo un derecho, sino que se advertían dos aristas más, como deber y como motivo de honor para el ciudadano, en armonía con el anterior artículo 1 de la Constitución de 1976, que reconocía en sus fundamentos económicos, políticos y sociales que Cuba es un Estado socialista de trabajadores y del reconocimiento expreso que el Estado como poder del pueblo y para el pueblo, garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades, aún y cuando no existía un mandato constitucional que de manera expresa regulara la obligación de actuar por parte del Estado, como sujeto pasivo de este derecho, con vistas a su materialización que garantice la protección al mismo.

Particular que fuera resuelto con la actual Constitución cubana de 2019, en el Capítulo II del Título V dedicado a la regulación de los «Derechos», se dedican siete artículos al desarrollo constitucional del derecho al trabajo, del 64 al 70, todos estos derechos conexos al derecho al trabajo encuentran su expresión en el texto, y las respectivas reservas de ley que encontrarán su regulación en la legislación ordinaria. Por ejemplo, aparece en el artículo 65 el derecho a una remuneración, con la regulación del principio de distribución socialista *«de cada cual, según su capacidad, a cada cual según su trabajo»*. La Ley establece las regulaciones que garantizan el efectivo cumplimiento de este derecho; artículo 43, pleca tercera: se refiere a que todos los que trabajen, perciben salario igual por trabajo igual; por su parte el artículo 45, párrafo segundo, el trabajo es remunerado conforme a su cantidad y calidad. Como se observa, el derecho al salario no se encuentra taxativamente regulado en el texto constitucional, no obstante, el precepto establece la forma de su remuneración como garantía material de ese derecho.

Se advierte el carácter social, de este derecho económico, propicia por un lado el desarrollo económico y social de la Nación, tal y como se reconoce por el constituyente, las satisfacciones de las necesidades de los ciudadanos se logran en la medida en que se satisfacen las necesidades económicas y sociales, y por el otro, los trabajadores están protegidos contra todo acto de discriminación o contrario a derecho.

Sería importante acotar que el proporcionamiento del trabajo tenga que combinar, en la medida en que ello sea posible, las exigencias de la economía y la sociedad con la elección del trabajador y su aptitud y calificación. La sola opción individual no puede primar sobre las necesidades económicas y sociales, sin embargo, estas últimas deben establecerse de manera objetiva y científica para que el derecho que reconoce la Constitución al trabajador pueda ejercerse efectivamente dentro de los límites posibles. Es decir, no puede primar el derecho individual sobre el social, además de desarrollarse una participación activa y consciente los trabajadores de todas las ramas de la economía y de las demás esferas de la vida social. Por otra parte, por mandato constitucional, se proclama que la Constitución se basa en el

principio socialista, de cada cual, según su capacidad; a cada cual, según su trabajo, conjugándose armónicamente los intereses individuales y los sociales.

Idea que se relaciona con el reconocimiento del principio de igualdad dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, refrenda la igualdad entre sus acepciones *«reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna»*. Resuelve de esta manera la contradicción anterior referida a los extranjeros residentes en el territorio de la República se equiparán a los cubanos, en el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes reconocidos en esa Constitución, bajo las condiciones y con las limitaciones que la ley fija. Recordemos que se determinaba que el trabajo es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano, no quedan definidos los sujetos que participan, considerando que el sujeto activo de este derecho es el ciudadano, en su doble dimensión: individual y situado en un colectivo social. El sujeto pasivo es el Estado y las personas jurídicas que participan como actores económicos, que pudieran corresponder igualmente que operaran como sujeto pasivo junto al Estado, no tan solo las personas jurídicas sino también personas naturales.

Por otra parte, en cuanto a la titularidad se observa que solo expresa que corresponde a los «ciudadanos» (sin determinar si el sujeto de este derecho es un ciudadano cubano o extranjero), lo que es un elemento esencial que se encuentre refrendado tácitamente en el texto constitucional, con independencia de lo previsto en el citado artículo 34, este precepto constitucional que regula expresamente la Extranjería, en este sentido, no distingue en el particular, si los ciudadanos extranjeros residentes en Cuba, tienen la condición de permanente o temporal para el disfrute de esos derechos, que a nuestro juicio fue una omisión del legislador constituyente.

Un elemento no menos importante a tener en cuenta en torno a la titularidad del derecho, es que no se fija la edad mínima para acceder al empleo, constituyendo éste un elemento determinante para ser sujeto de este derecho. La enunciación constitucional, por lo general, no posibilita la vigencia de los derechos frente a terceros en el tracto de las relaciones interpersonales, en

una sociedad donde las relaciones del ciudadano ya no son tan solo con el Estado, sino también con un fragmento de servicios privados y con un sector de la economía de capital mixto o incluso enteramente privado, en tanto en el marco de dicha economía, y propiamente el derecho al trabajo se puede materializar no solo en el sector estatal, sino en el sector no estatal de la economía, y se ofrece también la posibilidad en el sector mixto, tanto en el sector cooperativo como en el privado.

Muy transcendental resulta la prohibición contenida en el artículo 66, el que dispone la protección del Estado a niñas, niños y adolescentes, sólo en circunstancias excepcionales definidas en la ley, podrán incorporarse al trabajo.

Se establecen un conjunto de derechos conexos al derecho al trabajo, como son el derecho al descanso, el descanso semanal y las vacaciones anuales pagadas, la jornada laboral de ocho horas (artículo 67), la protección e higiene del trabajo, la seguridad social y la asistencia social (artículo 68), entre otros. El derecho de sindicalización (reconoce el derecho de asociación), en este sentido, este texto constitucional a nuestro juicio es omiso, en tanto, se trata del derecho de asociación, aunque expresamente no se consigne en la norma, permite ejercitarse por los trabajadores el derecho de sindicalizarse, sin embargo, puede dársele el tratamiento asumido por otros textos constitucionales, donde se particulariza específicamente como derecho a la sindicalización.

Las medidas y políticas que en la esfera económica adoptadas en Cuba, han encontrado en la Constitución cubana vigente una excelente nueva base jurídica que las afiance, reglamente y contribuya a su consecuente perfeccionamiento, lo cual ha requerido de la elaboración de un coherente, planificado y ágil programa legislativo, aparejado al fortalecimiento de las estructuras jurídicas vinculadas con la gestión económica, y ya tenemos una Constitución, atemperada al momento histórico en que vivimos, a las nuevas circunstancias, condiciones socioeconómicas y políticas que imperan en nuestra sociedad.

Por ello, este reconocimiento del derecho al trabajo con el carácter universal de los derechos sociales, económicos y culturales para el ejercicio pleno de todas las personas, bajo el principio de igualdad sirve de manera oportuna para valorar los aportes del

Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y seguir apostando a la protección de este derecho al trabajo, para toda persona natural, cubano o extranjero residente permanentemente en el territorio nacional. Así, el Estado, como sujeto pasivo, garantizará a las personas trabajadoras, el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. Cuba luego de la promulgación de la Constitución en el 2019, trabaja por la aprobación de un conjunto de disposiciones y decisiones gubernamentales para preservar y garantizar el derecho.

IV.- A modo de conclusiones

El derecho al trabajo es un derecho social y económico, en la actual Constitución de la República de Cuba se realzan sus dimensiones como derecho y como un valor superior del Ordenamiento jurídico. Cada ciudadano cubano debe considerar al trabajo un fundamento más de los dispuestos en la norma suprema para el reconocimiento de los sujetos en las relaciones de trabajo, en correspondencia con las relaciones de producción, de una parte, actúa el trabajador y de otra el empleador. En el marco de las nuevas relaciones económicas, quedan definidos los sujetos que participan desde la Constitución, siendo preciso considerar que el sujeto activo de este derecho es el ciudadano, en su doble dimensión: individual y situado en un colectivo social, es decir el trabajador, como persona natural y el sujeto pasivo es el Estado y el empleador, dígame, entidad (las personas jurídicas que participan como actores económicos), o persona natural.

El trabajo a distancia, se considera una de las garantías del derecho, siendo en ocasiones simplificado en el término «teletrabajo», aunque tengan sus perfiles. Contemplada en nuestro Código laboral desde 2014, pero visiblemente decidida a salir del closet justo ahora, en medio de esta crisis sanitaria que obliga de veras a ser creativos, la variante regala escenas interesantes, como la de los padres que, tras mucho exigir a sus niños una tregua al celular y más juego físico con los amiguitos, ahora viven PC en mano para ganar «a capella», con el virtual sudor de su frente, el sustento familiar.

Corresponde a las administraciones laborales cumplir con esta modalidad, a partir de perfeccionar la implementación y el control del trabajo a distancia, siendo preciso definir los cargos que, por su naturaleza y funciones, pueden utilizarlo, tanto como modalidad de carácter permanente o parcial, acompañado de un sistema de control para medir los resultados y evaluar la efectividad de su aplicación, con lo cual podremos saldar esta deuda en el contexto laboral cubano.

Referencias bibliográficas

- Alvero Francés, *Diccionario Manual de la Lengua española*, Editorial Pueblo y educación, La Habana, 2008.
- Borrajó, Efrén, *Derecho del Trabajo*, Editorial Doncel, Madrid, 1970.
- Cruz Villalón, Pedro, «Dos cuestiones de titularidad de los derechos fundamentales: los extranjeros y las personas jurídicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No.35 de 1992.
- Díaz Sotolongo, Roberto, *La Constitución*, ONBC, La Habana, 2011.
- García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Alianza-Universidad, España, 1984.
- Gaviria Díaz, Carlos, «Los derechos económicos y sociales en el nuevo Constitucionalismo en América Latina» en *Memorias del Encuentro Internacional, El nuevo Constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*, Quito, 2010.
- Fernández Bulté, Julio, *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Hernández de la Torre, Jaime, *Evolución de la Legislación Laboral de México a través de la Historia*, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Guadalajara, Jalisco.
- Jiménez Morales, Caridad Rosa, *El derecho al trabajo. Estudio de su dogmática desde una visión Latinoamericana*, Leyer Editores, Bogotá, 2016.
- Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho político I*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Palomeque López, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

- Ribó Durán, Luís, *Diccionario de Derecho*, Bosch Casa Editorial S.A. Copy Right, 1997.
- Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo, «La deconstrucción del Derecho de Trabajo de base nacional en la era de la globalización», en *Revista Pistas*, N° 9 marzo 2003, Instituto del Mundo del Trabajo, Perú.
- Sarthou, Helios, *Rasgos antológicos generales de la libertad sindical*. Biblioteca Virtual Unión Nacional de Juristas, UNJC.
- Suplemento Especial, Periódico Granma de fecha 23 de julio de 2018. Disponible en <http://www.granma.cu> Consultado 30/7/2018.
- Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político social del mundo*, Porrúa, México, 1978.
- Villabella Armengol, Carlos Manuel, «Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana» en *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Vega Vega, Juan, *Derecho Constitucional revolucionario en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1988.



12.- LA IGUALDAD COMO VALOR- PRINCIPIO- DERECHO DESDE UN ENFOQUE DE GÉNERO



DANELIA CUTIÉ MUSTELIER Y CARIDAD ROSA JIMÉNEZ MORALES

I.- Introducción

Es la igualdad el primer medidor del carácter socio-justiciero de un Estado en el orden formal. Transciende como punto de partida, informador del ordenamiento jurídico, encontrar su regulación en el articulado de una Constitución, facilita el juicio sobre el resto de sus preceptos, al valorar si tal prescripción se refrenda en los otros o, por el contrario, el espíritu mismo de alguno de sus mandatos es expresión discriminatoria.

Muchas han sido las aristas teóricas que en torno a la igualdad se han ido aportando a lo largo de la Historia hasta llegar a la configuración actual, como muchos también han sido los discursos y los documentos normativos que la contemplan, algunos soñadores, otros demasiado programáticos y también los que en la búsqueda de un necesario consenso social marcan un abismo entre la norma y la realidad. Hoy día la mayoría de las Constituciones de los Estados¹ han regulado la igualdad como

¹ Sirva de botón de muestra el examen de algunos textos constitucionales de Iberoamérica como: La Constitución Monárquica Española de 1978, que en su artículo 14 dispone: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda

principio –valor y derecho, complementada con el derecho a no sufrir discriminación, como pórtico de la parte dogmática, como núcleo duro de las declaraciones de derechos. Sin embargo, muy a pesar de estos avances, aún son evidentes en la realidad social y jurídica algunas manifestaciones de discriminaciones por razón de sexo.

El tema de la igualdad ha sido objeto de constantes reflexiones por el hombre, referencias a él encontramos en los Diálogos de Platón, en la Política de Aristóteles, en los juristas romanos, en la filosofía escolástica. Al decir de Aristóteles, «el único Estado estable es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley».

La lucha por la igualdad de los sexos, hasta llegar a la reivindicación de la diferencia se ha convertido en un sello de los tiempos actuales. Muchos son los ejemplos que pueden citarse como indicadores de las paulatinas y profundas transformaciones sociales con la voluntad de incorporar a las mujeres en el espacio de los iguales. *«La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más forma ha revestido (desde la simple y brutal violencia, hasta los más sutiles comportamientos protectores) y la más primaria, porque siempre se añade a todas las demás, o sea la discriminación por edad, raza, creencias religiosas, identidad de género»* (Rey Martínez, 1995, p. 1).

El presente trabajo aborda el examen de la cláusula de igualdad prevista en la Constitución cubana de 1976, con enfoque crítico, incursiona en los aspectos que conforman su naturaleza compleja y polisémica, destaca los logros y avances que se han obtenido en materia de igualdad en Cuba, pone el acento en las

prevalecer discriminación alguna por razón de ...sexo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, artículo 21, , no se permiten discriminaciones fundadas en la raza, sexo...,de más reciente data, la Constitución Dominicana de 2010 consagra en el artículo 39 la igualdad complementada con la prohibición de discriminación por razón no sólo de sexo sino que alude al género, en igual sentido la Constitución mexicana de 1917 reformada en el 2014, en el artículo 1 se pronuncia también por la no discriminación motivada por razón de género, preferencias sexuales.

cuestiones que hoy merecen un replanteamiento, y conduzcan a una nueva reformulación de la preceptiva constitucional con especial énfasis en la identidad de género.

II.- La igualdad. Carácter trifonte: Derecho-Valor-Principio

El tema de la igualdad ha sido objeto de constantes reflexiones por el hombre, referencias a él encontramos en los Diálogos de Platón, en la Política de Aristóteles, en los juristas romanos, en la filosofía escolástica. Al decir de Aristóteles, «el único Estado estable es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley».

La lucha por la igualdad constituyó una de las reivindicaciones fundamentales de los revolucionarios liberales, hasta el punto de que, como es sabido quedó inscrita en el lema del Estado surgido de la Revolución Francesa. Se trata de la concepción liberal primigenia, donde la igualdad únicamente se entiende como igualdad en la aplicación del Derecho, que se fundamenta esencialmente en dos puntos:

La igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante la aplicación del Derecho por los Tribunales y la generalidad de la Ley. Es por tanto una concepción de la igualdad «en el punto de partida», tenía más que ver, con los efectos la Ley que con la igualdad de los ciudadanos, pues de lo que en realidad se trataba era de garantizar el alcance general de la Ley.

Con la crisis del Estado Liberal de Derecho, aparece el segundo plano de la igualdad y con ella se amplía su dimensión, de tal forma que al anterior se le añade la igualdad en el contenido de la norma, configurándose de esta manera el principio de igualdad como límite al legislador. Limitación por otra parte, que se habrá de materializar a través del reconocimiento constitucional del principio de igualdad y del establecimiento de la justicia constitucional. Estamos en presencia ya de los dos planos de la igualdad formal o igualdad jurídica: igualdad ante la ley o igualdad ante la aplicación del Derecho y por otro lado igualdad en la Ley o en el contenido de la norma.

La otra dimensión potenciada con el constitucionalismo socialista y el social del siglo XX es la llamada igualdad real, efectiva, sustancial de hecho o de oportunidades muy conectada

con el valor de justicia social; se moldea así el binomio igualdad formal-igualdad material, complementándose con la prohibición de discriminación por ciertas causas personales o sociales que atentan contra la dignidad humana o bien porque históricamente ha sido con frecuencia causa de discriminación o bien porque su arraigo social les hace particularmente susceptible de constituir, aún hoy en día un motivo de discriminación, o bien, en fin porque los sectores en el mencionados se encuentran en una situación fáctica de inferioridad en la vida social, sin que constituyan una lista cerrada de supuestos de discriminación; los más frecuentes son: el sexo, la raza, origen nacional, creencias religiosas, opinión y otras de nueva inclusión como la edad, el pasado judicial, la orientación sexual, minusvalía, discapacidad, problemas de salud, incluso con un aparte especial para las personas con VIH/SIDA, son también llamadas categorías sospechosas de discriminación o discriminación especialmente odiosa.

Derivado de las raíces aristotélicas del principio que obliga tratar igual a lo desigual, está la diferencia de trato que se introduce conscientemente haciéndolo de forma premeditada a unos grupos sociales mejor que a otros ofreciéndoles ventajas, incentivos o tratamiento más favorables, fenómeno que en los países anglosajones adopta el nombre de *affirmative action* o acción afirmativa y la doctrina española le llama discriminación positiva, es criterio de la autora, inclinarse por la utilización del término acciones positivas pues no lleva el peso o carga negativa de la otra titulación dando una idea más clara del conjunto de medidas que se toman para compensar una situación real de partida, se dirigen a corregir la situación de especial marginación en que se encuentran determinados colectivos en atención a su especial minusvaloración social.

En este contexto ha adquirido relevancia singular una categoría de acción positiva que es la denominada medida de discriminación inversa, cuya finalidad es otorgar una situación privilegiada a determinados colectivos marginados por razón del sexo, raza, minusvalía física o psíquica que a diferencia de la primera o sea de las acciones afirmativas, que no supone una lesión directa de los derechos de terceros, sino quizás indirecta, estas últimas se dirigen a garantizar la finalidad perseguida

por la medida, suponiendo precisamente una lesión directa de los derechos de terceros, se trata por excelencia de cuotas, en los procesos de selección, estableciéndose una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, de puestos electorales, etc., asignando un número o porcentaje o atribuyendo puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer, mecanismo este muy utilizado sobre todo como medida para el logro de la igualdad de las mujeres.

Dice Rey Martínez (1995, p. 86), «que las cuotas son las medidas genuinas de la discriminación inversa y se justifican por su finalidad de remediar los perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social; siempre serán medidas especialmente polémicas en el ámbito político».

Una mirada rápida a la Constituciones modernas nos indica que al menos en la letra constitucional, se ha superado la exclusiva mención a la denominada igualdad formal o igualdad jurídica, que la burguesía vació de contenido, junto a ella aparece al menos teóricamente las otras dimensiones o planos de que hablamos anteriormente, configurándose la misma con un carácter trifonte; esto es como principio, como valor y como derecho subjetivo de naturaleza relacional o instrumental, como condición de ejercicio de los demás derechos.

Es un auténtico derecho subjetivo que puede ser invocado ante los tribunales demandando su preservación y restablecimiento. Es un derecho relacional, pues no puede verse como un derecho autónomo, existente por sí mismo, es difícil pensar en la violación del derecho a la igualdad que no implique la vulneración de otro derecho, no se viola la igualdad en abstracto, es condición de ejercicio de otros derechos, de modo que toda diferenciación de trato injustificada de un derecho fundamental, es violación de ese derecho y del principio de igualdad al mismo tiempo.

En materia internacional, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y los Pactos tanto el de Derechos Civiles y Políticos como el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se han derivado

varios Tratados Internacionales² dirigidos a prohibir distintas formas de discriminación, que con independencia de la manera de recepción han pasado a formar parte de numerosos ordenamientos jurídicos estatales.

III.- Hacia la reformulación de la cláusula de la igualdad en la Constitución cubana

La Constitución cubana de 1976, nacida de un proceso constituyente democrático, elevó a categoría de superior, el valor de dignidad humana, al plasmar como cierre de su preámbulo y pórtico de la Carta Magna, la frase Martiana que aspira, «que la Ley primera de la República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre». Por supuesto un análisis contextualizado de la frase conduce necesariamente a una lectura de la misma con enfoque de género, abarcando la dignidad no sólo de los hombres sino también de las mujeres.

La Revolución cubana que selló un proceso revolucionario genuinamente democrático, paradigma de referencia ineludible para los pueblos de América Latina, artífice de transformaciones que irradian hacia niveles de igualdad nunca antes vivido en nuestro país, donde sectores y grupos sociales altamente discriminados como las mujeres, comenzaron a reconocérseles espacios importantes en la sociedad y se convirtieron en actoras o protagonistas directas del proyecto social que se comenzó a edificar.

² En materia internacional, los artículos 1, 2, y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los artículos 2.1, 3, 20.2, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículos 2,2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales 1950. Además, existen varios tratados internacionales que prohíben formas de discriminación, vale citar: la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Nueva York, 31 de marzo de 1953), el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York, 7 de marzo de 1966), los Convenios de la OIT sobre la igual remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (núm.10, 29 de junio de 1951), y sobre la discriminación en materia de empleo y profesión (núm., 111, 25 de junio de 1958), la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (14 de diciembre de 1960).

Lo primero a tener en cuenta en el análisis de la cláusula de la igualdad es la ubicación en el texto Constitucional, pues no aparece regulada en el Capítulo VII, dedicado a los Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales; esto significa acaso ¿qué no goza la Igualdad de la misma jerarquía o que no tenga la condición de fundamental como los derechos recogidos en el Capítulo VII? A pesar de que el término de derechos fundamentales heredado de la Constitución de 1940, resulta polémico, se sostiene por la autora el criterio, que todos los derechos gozan de igual jerarquía con independencia de estar atomizados en el texto constitucional, Cutié Mustelier (1999) cuestión que reafirma la disposición contenida en la cláusula de reforma del artículo 137³.

Por otra parte, al estar la Igualdad contenida en un Capítulo independiente, inmediatamente anterior al VII referido a los Derechos Fundamentales, consideramos que es un Capítulo pórtico, el núcleo duro, el Frontispicio de la parte dogmática de nuestra Constitución.

Otra cuestión a desentrañar es su naturaleza polisémica o compleja que le asigna carácter de valor, principio o derecho. Es cierto que no aparece definido como valor aunque subyace en el de justicia social y el de bienestar individual y colectivo. Podría entenderse como el segundo nivel de análisis de la igualdad, el económico desdoblado en dos posiciones, la primera que toma

³ El artículo 137 de la Constitución cubana de 1976, reformado en el año 2002, expresa: Si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea. Como se advierte de la letra del precepto constitucional que se comenta, la reforma de la Ley Fundamental cubana, sólo puede ser parcial al existir una cláusula de intangibilidad que impide la reforma total de sus contenidos. Según el procedimiento, admite la reforma rígida simple para la mayoría de los contenidos en ella consagrados y la reforma rígida agravada cuando se refiere a contenidos especialmente protegidos como es el caso de todos los derechos contenidos en la Constitución, tanto los rotulados como Fundamentales comprendidos en el Capítulo VII, como para los que aparecen dispersos en otros capítulos; equiparando con ello a todos los derechos, al dotarlos de la garantía normativa o abstracta antes mencionada.

en cuenta los recursos o ingresos de los individuos, la segunda que tiene en cuenta el bienestar de las personas, siendo esta la vertiente que más se ajusta a la llamada igualdad material, (Carbonell, 2003, p. 9-31), aspecto consagrado en el artículo 1 del texto constitucional en el que se expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico cubano.

Pero sí resulta claro, que es un principio, dos veces la cláusula del Capítulo VI (sexto) hace mención a ese atributo y como principio Constitucional, más bien como mega principio irradia a toda la letra de la Constitución o expuesto metafóricamente: «del mismo modo que el aparato circulatorio lleva la sangre a todas las células del cuerpo, el principio de igualdad y no discriminación debe iluminar todos los rincones de nuestro ordenamiento y hacer que el legislador adopte, los mecanismos idóneos para establecer la igualdad rota en cada aspecto de las relaciones jurídicas en la vida social» (Rodríguez García, 2004, p. 16-17). Se trata de un principio rector que ha de estar presente en el proceso de creación, aplicación e interpretación del Derecho. Aunque no se utiliza la expresión derecho a la igualdad, no cabe dudas que ostenta tal condición, pues los preceptos siguientes hacen referencia a la igualdad como parte del derecho que en ellos se consagra: ejemplo artículo 41: Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes.

Adentrándonos en el contenido de la cláusula, se observa una ausencia de referencia a la igualdad formal en sus dos dimensiones, que si bien fue a decir del profesor (Álvarez Tabío, 1988, p. 170) «una fórmula engañosa porque da un trato igual a personas que se hallan en situaciones radicalmente distintas », sin embargo no puede olvidarse que es el punto de arranque en su proyección jurídica, que significa un límite de actuación a la función legislativa, en dos términos bien diferentes: el contenido de la Ley y la generalidad de la Ley, es decir constituye un límite a la actuación del legislador en cuanto al contenido de la Ley, pero de la misma manera es también un límite en cuanto al alcance de la Ley.

Como ya se dijo, a partir de esta consideración irradia y se proyecta a todo el ordenamiento jurídico, a todas las relaciones

jurídicas, lo que no significa que haya que legislar para la igualdad, no se comparte la posición defendida por algunos autores que propugnan la creación de una Ley sobre la Igualdad, sirva de botón de muestra, la Ley 9/2003 de la Generalidad de Valencia⁴, para la Igualdad del hombre y la mujer, no se trata de eso sino que la Igualdad en la ley significa que ha de informar a toda la legislación: Penal, Civil, Laboral, de Familia, Administrativa, etc. Como ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 76/-1983 «La igualdad (...) no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de situaciones jurídicas concretas. De ahí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo general».

Por lo que se está en presencia de un mandato al legislador, en el sentido que cualquier norma por él creada no contradiga la cláusula constitucional de la igualdad ni en su letra, ni en su espíritu. Una revisión detallada de la normativa infraconstitucional que integra los ordenamientos jurídicos, puede mostrar la existencia de normas que ponen un paréntesis a lo que aquí se viene afirmando, aunque no haya sido intención directa del legislador. Examinemos algunos ejemplos en el ordenamiento jurídico cubano.

Cuando se revisa el Código Penal Ley No.62 de 1987, se aprecia el criterio sexista que sigue en torno a los delitos contra la libertad sexual (Delitos contra el normal desarrollo de las

4 El 13 de marzo del 2003, el Pleno de las Cortes Valencianas aprobó, con el voto favorable de los diputados del Partido Popular y el rechazo de los demás partidos de la Cámara, la Ley 9/-2003 de la Generalidad, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. La peculiaridad de esta Ley es que se trata de una norma integral o global, que pretende abarcar todos los ámbitos en los que la mujer se encuentra en una situación de desigualdad: participación política, trabajo, familia, violencia, medios de comunicación, etc. Es decir su pretensión fue la de regular mediante Ley un valor superior del ordenamiento jurídico español, o sea, que la igualdad de la mujer no fuera regulada de manera fraccionada en legislaciones parciales, sino en una sola ley que abarcara todos los aspectos que inciden en la vida de la mujer, desde luego, tal empeño estuvo matizado por múltiples polémicas y debates.

relaciones sexuales), así mantiene la diferencia en los hechos en que el sujeto pasivo es una mujer o un hombre, para el primero de los cuales regula el delito de violación⁵ y para los segundos el de pederastia con violencia⁶, distinción que en otras legislaciones se ha fundido en un único tipo penal que denominan agresiones sexuales, de esta forma no sólo elimina la desigualdad entre ambos sexos en la legislación penal, sino que abre la protección hacia otros supuestos que hoy se imponen ante los cambios que ocurren en la sociedad, como puede ser la agresión sexual a los transexuales.

El trato desigual se hace notar aún más en la referida legislación penal, cuando en una figura agravada, se establece un mayor marco penal en relación con la edad de la víctima, al fijar para la violación la edad de 12 años en la mujer (artículo 298.4) y en la pederastia el varón menor de 14 años (art. 299.2), apreciándose un criterio de discriminación que se basa en concepciones biológicas, ya superadas por las corrientes que defienden el enfoque de género.

Caso diferente es el tratamiento que se sigue cuando una mujer mayor de edad mantiene relaciones sexuales con un niño menor de 12 años, conducta que no constituye delito, compor-

⁵ Cfr. Código Penal cubano, Artículo 298.1. Se sanciona con privación de libertad de cuatro a diez años al que tenga acceso carnal con una mujer, sea por vía natural o contra natura, siempre que en el hecho concurra alguna de las circunstancias siguientes... 298.3. La sanción es de privación de libertad de quince a treinta años o muerte: a) Si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionado por el mismo delito. b) Si como consecuencia del hecho resultan lesiones o enfermedades graves c) Si el culpable conoce que es portador de una enfermedad de transmisión sexual. 298.4. En igual sanción que la prevista en el apartado anterior incurre, el que tenga acceso carnal con menor de doce años de edad, aunque no concurran las circunstancias previstas en los apartados que anteceden.

⁶ Código Penal cubano, Artículo 299.1. El que cometa actos de pederastia activa empleando violencia o intimidación, o aprovechando que la víctima esté privada de la razón o de sentido o incapacitada para resistir, es sancionado con privación de libertad de siete a quince años. 299.2. La sanción es de privación de libertad de quince a treinta años o muerte: a) Si la víctima es un menor de 14 años, aun cuando no concurran en el hecho las circunstancias previstas en el apartado 1.

tamiento cuestionable para algunos que consideran se puede tipificar como delito de corrupción de menores, sin embargo es un elemento esencial para que éste se configure, la presencia de ánimo de corrupción, si el hecho se realiza de mutuo acuerdo, mediando sólo ánimo de satisfacción sexual, entonces no se tipifica la conducta delictiva, indudablemente tal postura obedece a una concepción androcéntrica, perdurable durante muchos años, según la cual mientras más temprano el hombre tenga relaciones sexuales, mayor será su hombría, en correspondencia con el patrón patriarcal de masculinidad y hombre viril predominante.

Por otra parte, el delito de violación fue modificado por la Ley No.87, al ampliarlo al supuesto, que el culpable conozca que es portador de una enfermedad de transmisión sexual (artículo 298.3 inciso 3), conducta que se penaliza más severamente, con sanción de privación de libertad de quince a treinta años o pena de muerte, sin embargo no fue incluido esta conducta, en el delito de pederastia con violencia por lo que el Código Penal no brinda igual protección en este sentido, a los hombres, que pueden contraer una enfermedad de transmisión sexual, al ser víctimas de esta figura delictiva.

Resulta también polémico y cuestionable, el tratamiento ofrecido por la Resolución No.55 de 19 de abril de 2017, Reglamento Disciplinario de Alumnos- Atletas vinculados al Sistema Deportivo Nacional que en su Disposición Especial Única, dispone lo siguiente: «Cuando se considere por la autoridad facultada que una atleta de alto rendimiento de manera negligente, incumplirá sus compromisos competitivos por haber salido embarazada, en un período de tiempo no planificado con la dirección del equipo, incidiendo de manera consciente en el incumplimiento de los resultados deportivos, dicho actuar podrá considerarse como una indisciplina.

Una lectura a la citada disposición abre diversas interrogantes en materia de derechos e igualdad de la mujer atleta, ¿Puede considerarse tal disposición como un límite a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer atleta? o más bien constituye una restricción de estos derechos?, Hasta qué punto se estaría vulnerando el derecho a la igualdad de la mujer atleta de disponer de

su propio cuerpo y decidir su embarazo? Las respuestas a estas interrogantes requieren de un análisis minucioso, sustentado en los elementos objetivadores, que permitan un real alcance de la situación y que rebasaría los marcos del presente trabajo.

El otro plano de la igualdad jurídica ausente del precepto Constitucional Cubano; es la igualdad en la aplicación de la ley que permite reaccionar frente a eventuales actuaciones judiciales que revisten los caracteres de subjetivismo y arbitrariedad, conectados con el derecho al debido proceso o la tutela judicial efectiva y la independencia de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, vale destacar la postura de los jueces en la solución de determinados conflictos en los que el derecho a la igualdad se ha hecho prevalecer como principio y valor rector a la hora de interpretar y aplicar el Derecho, ejemplo de ello, lo constituye primero la sentencia No.1 del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de la Habana de 14 de enero de 1998, emitida por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, en proceso ordinario, relativo al reconocimiento de la nueva identidad de un transexual y su derecho al cambio de sexo, dicha sentencia marcó un hito importante en la aplicación directa de los preceptos constitucionales por los jueces, que acudieron a un ejercicio de autointegración del Derecho ante una laguna legislativa en el ordenamiento jurídico cubano, utilizando el artículo 62 de la Constitución relativo a los límites de los derechos.

Otra sentencia a reconocer es la No.285 de 2003, dictada por el Tribunal Municipal Popular de Artemisa, en proceso ordinario sobre nulidad parcial de inscripción de nacimiento, en su último considerando hace referencia al artículo 42 de la Constitución, el cual preceptúa como lesiva a la dignidad humana la discriminación por razón de sexo, por lo que no puede marginarse, ni dejar sin protección jurídica a quien ha decidido pertenecer anatómicamente y síquicamente a un sexo diferente al biológico, no lacerando esta libertad los fines y existencia del Estado como dispone el artículo 62 de la propia Constitución, convirtiéndose así, en una sentencia emblemática en materia de igualdad por razón de sexo y género, dando muestras los jueces de posturas de avanzada, al utilizar métodos de interpretación

evolutiva y dinámica, ante los nuevos desafíos de la sociedad contemporánea.

Por otra parte el Capítulo VI (Sexto) aparece el derecho a la no discriminación, señalando como categorías sospechosas de discriminación: la raza, el sexo, color de la piel, origen nacional y creencia religiosa, esta última y una cláusula residual que reza: «cualquier otra lesiva a la dignidad humana» fueron incorporadas con la reforma de la Constitución Cubana en 1992. Se es del criterio que la específica mención de estas causas no implica una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero la alusión al sexo, la raza, color de la piel, origen nacional y creencia religiosa, como causas especialmente vetadas de discriminación, no excluye la proscripción de discriminación por cualquier otra causa, no cabe desconocer sin embargo que su especial mención en el artículo 42 tiene un efecto jurídico que hasta cierto punto hace a tales supuestos, objeto de una protección reforzada.

Así pues, el principio de igualdad impide toda discriminación; pero si el trato desigual que se reputa discriminatorio, tiene su base en una de las causas expresamente mencionadas en el presente artículo, el análisis de su fundamento objetivo y razonable ha de ser particularmente riguroso por lo que dicha cláusula abierta queda en manos de la interpretación con el consiguiente riesgo que implica la ausencia de justicia constitucional en nuestro país y de una tradición de interpretación de los preceptos constitucionales.

De igual modo dichas categorías pudieran ampliarse a otras causas como: la edad, identidad de género, pasado judicial, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencias físicas y orientación sexual, que señalarían el camino de cambios normativos, algunos ya iniciados, otros en proyecto como puede ser: una nueva concepción del matrimonio que no se circunscriba a la tradicional unión del hombre y la mujer tanto en la Constitución como en el Código de la Familia, la actividad registral, el Código de Trabajo.

Un paréntesis en este análisis lo requiere la protección al derecho de igualdad, cuya vulneración encuentra tutela en el Código Penal cubano, en el Título IX Delitos contra los Dere-

chos Individuales, Capítulo VIII Delito contra la Igualdad, artículo 295.1, que dispone: El que discrimine a otra persona o promueva o incite a la discriminación, sea con manifestaciones y ánimo ofensivo a su sexo, raza, color origen nacional o con acciones para obstaculizarle o impedirle, por motivos de sexo, raza, color u origen nacional, el ejercicio o disfrute de los derechos de igualdad establecidos en la Constitución, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años de multa o de doscientas a quinientas cuotas o ambas.

En igual sanción incurre el que difunda ideas basadas en la superioridad u odio racial o cometa actos de violencia o incite a cometerlos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico.

Cabe recordar que la reforma constitucional del año 1992, ensanchó las causas vetadas de discriminación, adicionando creencias religiosas y la cláusula abierta que abarca cualquier otra lesiva a la dignidad humana, sin embargo el Código Penal, no fue modificado en tal sentido, o sea sólo prevé como categorías de discriminación sexo, raza, color, origen nacional, siendo así las demás causales incorporadas luego de la reforma, no encuentran amparo penal, por lo que en futuras modificaciones de este cuerpo legal, se debe resolver esta situación en pos de su armonía con la letra de la Constitución.

En cuanto a las acciones positivas, la Constitución exhibe un amplio elenco de las mismas que parten del artículo 9, que suponen la igualdad promocional, fijando un horizonte para la actuación del Estado en la búsqueda de la igualdad real y efectiva y se concretan además en acciones diferenciadoras⁷ hacia

⁷ Véanse por ejemplo los artículos siguientes: artículo 44: La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar. El Estado garantiza que se ofrezcan a la mujer las mismas oportunidades y posibilidades que al hombre, a fin de lograr su plena participación en el desarrollo del país. El Estado organiza instituciones tales como círculos infantiles, seminternados e internados escolares, casas de atención a ancianos y servicios que facilitan a la familia trabajadora el desempeño de sus responsabilidades. Al velar por su salud y por una sana descendencia, el Estado concede a la mujer trabajadora licencia retribuida por maternidad,

la mujer, la mujer embarazada, la niñez y la juventud, ancianos desvalidos, los que han encontrado viabilidad jurídica y social.

En materialización de esas acciones positivas, hay que diferenciarlas claramente de las acciones protectoras o paternalistas que son aquellas que se manifiestan a través de regulaciones normativas que otorgan un trato diferenciado y ventajoso para la mujer, en base a la inferioridad de ella respecto al hombre, que pueden vulnerar el principio de igualdad recuérdese en este caso el derecho a la viuda de hacer dejación de su vínculo laboral para acogerse a la pensión de viudez, constituyendo una invitación a que ésta se retire de la vida laboral.

En la Carta Magna Cubana, no existe una normativa contentiva de preceptos que pudieran ser considerados dentro del fenómeno de discriminación inversa, no obstante en aras de lograr una mayor incorporación de mujeres, negros, jóvenes a cargos de dirección del Sistema Político se les ha dado preferencia para su designación y conformación de candidaturas, pudiendo constituir este mecanismo una forma vedada de la llamada discriminación inversa que si no es conducida adecuadamente puede provocar lesiones a los derechos de terceros.

IV.- Conclusiones

De esta nueva lectura se impone dejar sentado el criterio que se defiende por la autora, sobre las exigencias para la reformulación la cláusula de la igualdad en la Constitución cubana, en toda su proyección.

Un primer requisito está en la configuración constitucional de la igualdad, como valor, como principio y como derecho subjetivo, que abarque las tres dimensiones de la misma:

La jurídica en sus dos planos: Igualdad ante la Ley e igualdad en el contenido de la ley, que incluya además el enfoque de género desde su propia redacción.

antes y después del parto, y opciones laborales temporales compatibles con su función materna. El Estado se esfuerza por crear todas las condiciones que propicien la realización del principio de igualdad.

La Democrática: Que Implica el derecho de todos los ciudadanos a participar en la toma de decisiones no solamente políticas, sino también económicas.

La Social: Conectada con la justicia social como valor e igualdad de oportunidades y la función promocional del Estado, complementada con un amplio elenco de derechos que comprenda los civiles- políticos, económicos y sociales y los de solidaridad.

La segunda exigencia tiene que ver con la condicionalidad material para el disfrute y ejercicio pleno de esa igualdad proclamada en la Constitución y la Ley que incluye las acciones positivas y la construcción al decir del maestro Fernández Bulté(2005:321) de un orden estatal, social y económico, que suponga la participación directa, activa y consciente del pueblo, en toda la vida social y política, también en la vida económica.

La tercera exigencia, consiste en instituir un sistema integral de garantías preventivas y reparadoras, capaces de proteger los derechos de manera eficaz, conjugando de manera armónica el rol de todas las vías tanto las jurisdiccionales como las institucionales, pero asignándole un papel de primer orden a los Tribunales.

El cuarto requisito tiene que ver con la creación y fomento de una cultura de respeto a la Ley, que parta del conocimiento de la Constitución y las principales normas reguladoras de derechos, deberes y estructuración de nuestro Estado y el Sistema Político; que hasta el ciudadano más sencillo conozca su Constitución y la viva como vía para identificarse con ella y defenderla.

Por último, sobre la base de todo lo anterior, y es precisamente lo más complejo; hay que lograr una revolución en las mentes, una ruptura de etiquetas, de esquemas, borrar prejuicios heredados con mucho arraigo y transmitidos de generación en generación, que subyacen en la conciencia colectiva. A los juristas desde sus posiciones nos corresponde también convertirnos en promotores de acciones educativas para lograr esa difícil exigencia.

Sólo así se logrará entonces, que a nuestros nietos y nietas no les aflore una sonrisa en los labios, cuando vean pasar una

persona diferente por su orientación sexual y se despojen de esa fuerte raíz homofóbica, cuando desaparezcan del vocabulario palabras despectivas para referirse a un determinado grupo de personas o los padres los quieran de amigos o amigas para sus hijos e hijas pero no de yernos o nueras, cuando no se busquen pretextos para esconder o velar causas relacionadas al pasado judicial de las personas, a la discapacidad, color de la piel, religión o creencia, ancianidad, o por la razón de ser mujer.

Entonces, seguiremos edificando y manteniendo vivo el proyecto social cubano que respeta en todas sus dimensiones la dignidad de los hombres y las mujeres.

Referencias bibliográficas

- Alvares-Tabío, Fernando (1988): *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana.
- Carbonell, Miguel (2003): «Estudio Preliminar. La igualdad y los Derechos Humanos», en *El Principio Constitucional de Igualdad*. Lecturas de Introducción, México.
- Cutié Mustelier, Danelia (1999): El Sistema de Garantías de los Derechos Humanos en Cuba, Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba.
- Cutié Mustelier, Danelia y Méndez López, Josefina (2008), «Tribunales y Tutela de los derechos humanos en Cuba» ¿Una cuestión pendiente?, *Revista IUS No.21*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México.
- De Vega, Pedro (1985): *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Tecnos (ed)., Madrid.
- Fernández Bulté, Julio (2002): «Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy» en *Temas de Derecho Constitucional cubano*, editorial Félix Varela, La Habana.
- _____ (2005), *Filosofía del Derecho*, Félix Varela (ed.), La Habana.
- Ferrajoli, Luigi (1999): *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- et. al. (2001): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.

- Fioravanti, Maurice (1987): *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Trotta (ed.), Madrid.
- Haberle, Peter (1994): *Pensamiento Constitucional*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima.
- Hesse, Konrad (1983): *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid.
- Heim Daniela y Encarna Bodelón(2010): *Derecho Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Tomos I, II (compilación de artículos), Edición, Grupo Antígona, UAB.
- Hsü Dau-Lin 1932: *Die Verfassungswandlung*, Berlín.
- Jiménez Campo, Javier (1983): «La igualdad jurídica como límite frente al legislador» en *Revista Española de Derecho Constitucional No. 9*, Madrid.
- Laporta, Francisco (1995): «El principio de Igualdad. Introducción a su análisis», en *Sistema No. 67*, Madrid.
- Loewenstein, Karl (1965): *Teoría de la Constitución*, Madrid.
- Mariño Castellanos, Ángel (1996): *El Control Constitucional en Cuba*, tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba.
- Mariño Castellanos, Ángel, Méndez López, Josefina y Cutié Mustelíer, Danelia (1997): «Los Valores Superiores del Ordenamiento Jurídico, Pilar Básico del Texto Constitucional», en *Revista Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho de la Universidad de Oriente Santiago de Cuba*, Editorial Barco de Papel, *Universidad Eugenio María de Hostos* Puerto Rico.
- Méndez López, Josefina y Cutié Mustelíer Danelia, (2009): «La Constitución cubana entre la estabilidad y el cambio», en *Revista No.47 del Equipo Federal del Trabajo*, Argentina.
- Méndez López, Josefina y Cutié Mustelíer, Danelia (2009): «La Función de los Tribunales de Salvaguardar la Constitución», *Revista del Equipo Federal del Trabajo No. 47*, Argentina.
- Pace; Alessandro (2003): «Igualdad y Libertad», en *El Principio Constitucional de Igualdad*. Lecturas de Introducción, México.
- Prieto Valdés, Martha. y Pérez Hernández, Lissette (2002): «El Control de la Constitucionalidad de las leyes y otros actos. Sus

- formas en los Estados Unidos y en Cuba», en *Temas de Derecho Constitucional cubano*, editorial Félix Varela, La Habana.
- Rey Martínez, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Monografía, Ciencias Jurídicas (ed.), Mc Graw-Hill, Madrid.
- Rodríguez García, Luis Fernando (2004): «Legislar para la Igualdad. Una reflexión a propósito de la Ley Valenciana para la Igualdad», en *I Certamen de Ensayo sobre Igualdad y Género*, convocado por el Observatorio de Género del Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Copy Red, S. A.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2003): «Sobre el Concepto de Igualdad», en *El Principio Constitucional de Igualdad*. Lecturas de Introducción, México.
- Torres Del Moral Antonio (1998): ¿Qué Igualdad? *En Revista de Derecho Político No.44*, UNED, Madrid.
- Villabella Armengol, Carlos (2002): «Los derechos humanos. Consideraciones Teóricas de su legitimación en la Constitución Cubana». *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Félix Varela (ed.), La Habana.

Legislación consultada:

- Constituciones de Cuba (1869-1940). Política (ed.), La Habana, 1978.
- Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y en el 2002, Gaceta Oficial de la República, edición extraordinaria número 3 de 31 de enero 2003.
- Ley de los Tribunales Populares, Ley No.82 de 1997. Gaceta Oficial. Edición Extraordinaria número 8 de 14 de julio de 1997.
- Ley de la Fiscalía General de la República, Ley No.83 de 1997. Gaceta Oficial. Edición Extraordinaria número 8 de 14 de julio de 1997.
- Código Penal Cubano, Ley No.62 de 1987(actualizado) en Derecho Penal Especial Tomo III, Colectivo de Autores, Félix Varela (ed.), 2003, La Habana.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley No.7 de 1977.

- Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos de 1917. Reformada en 2014. Editada por Secretaría de Gobernación, septiembre, 2014.
- Constitución Monárquica Española de 1978. Civitas (ed.), Madrid, 1996.
- Constitución Política de Colombia de 1991, Publicada por la Escuela superior de Administración Pública, Universidad de estado de santa Fe de Bogotá, 1992.
- Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999. Gaceta Oficial de 30 de diciembre de 1999.
- Constitución de la República de Ecuador de 2008. Fondo de Solidaridad.
- Constitución de la República Dominicana, 2010. Gaceta Oficial de 26 de enero, 2010.



13.- EN BUSCA DE LOS DERECHOS PERDIDOS: LOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS



MYRNA BEATRIZ MÉNDEZ LÓPEZ Y ELAINE MIRANDA QUINTANA

*«El primer paso siempre cuesta»
Proverbio chino.*

I.- A modo de introducción

La conformación de los derechos humanos, tienen una larga historia, irrumpen en el plano legal y se consagran en importantes textos jurídicos con las revoluciones liberales del siglo XVIII, así se recogen como documentos primigenios, la «Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica» y la «Declaración del Hombre y el Ciudadano»; pero la libertad y la igualdad que se consagraron fueron concebidas, con una visión androcéntrica, sólo para los hombres. Respuestas con oposición, irrumpieron en la escena social y es así que en la «Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana», de 1791 y en la «Declaración de Sentimientos», de 1848, se extienden esos derechos y libertades a las mujeres, ambos quedaron como referentes históricos, una memoria que acredita las reivindicaciones femeninas, pero no lograron obtener aval jurídico para su vigencia legal.

En el año 1948, la Organización de Naciones Unidas, aprueba la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», las mujeres con una historia de olvidos y sometimientos en sus espaldas, pero negadas a continuar de esa forma, fueron tomadas en cuenta, sólo como parte del gran conglomerado de la humanidad, pues, aunque la ley era para todos y todas, su concepción siguió siendo androcéntrica, pensada especialmente para los hombres, en un mundo con orientación masculina.

Es así, que de forma raigal los derechos humanos en su génesis y posterior evolución, se nos presentan con un claro sesgo androcéntrico, el proceso de su construcción jurídica se basó en las experiencias y necesidades de los hombres (adultos, blancos, heterosexuales...), dejando fuera las realidades y necesidades específicas de las mujeres y de otros grupos.

La igualdad y la libertad, deben abarcar un amplio espectro que implica el reconocimiento de la diversidad humana; aspecto que se torna especialmente sensible en lo referido a los derechos sexuales y reproductivos, que han sido olvidados y que tienen significado esencial para las mujeres y las sexualidades no heteronormativas.

La sociedad patriarcal ha fijado marcados rasgos distintivos en torno al control de la sexualidad y del placer, edificándola con base en lo que se ha denominado por el «género inteligible, que se concibe como las normas de correspondencia socialmente construidas para garantizar la coherencia y la continuidad entre sexo, género, práctica sexual y deseo»¹.

Desde esta perspectiva, el sexo biológico es concebido sobre un maniqueísmo sexuado inflexible y excluyente, como dicotómico y determinado por los genitales, definiendo el rol de género y la actividad sexual, otorgando visa social a ley de heterosexualidad, la genitalidad, el falocentrismo y el androcentrismo.

El cuerpo de las mujeres ha sido arrebatado históricamente por los hombres, negándole una libertad propia, el patriarcado se ha volcado para controlar la sexualidad femenina, utilizando los más variados medios y métodos. Desde las imposiciones

¹ Butler, J, Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2002, p.11.

religiosas, morales, los códigos de conducta, la estigmatización en nombre del honor y la honra, hasta la violencia y la represión brutal y mortal, pasando por la utilización del sistema legal y del control de la ciencia.

Por otra parte la cultura dominante se proyecta sobre la base de la heterosexualidad obligatoria, con patente política, fija patrones donde las diferencias sexuales no heteronormativas son percibidas como desviadas y advenedizas, en consecuencia la homofobia devalúa todo lo asociado con la esfera intra géneros, al separar a los verdaderos hombres y mujeres, de los que no responden a los cánones masculinos, y a las mujeres que no encuadran con los rasgos femeninos, actitudes que a veces se presentan tan normales, que la violencia efectiva y simbólica que las rodea no son percibidas por el conglomerado social, y cuya función radica en legitimar la posición aceptada de ciertos tipos de masculinidad y de feminidad, como los intrínsecamente valiosos y patologizar otros como «anormales», de esta forma son percibidos y etiquetados las personas lesbianas, *gays*, transexuales, bisexuales e intersexuales(LGTBI).

Los derechos sexuales y reproductivos, son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos y todas, sin distinción de ninguna clase, hoy en no pocos casos se les niega entidad jurídica y en consecuencia son irrespetados, se genera un nuevo e importante olvido, que son los más humanos de todos los derechos, representan el pilar fundamental para el ejercicio de la ciudadanía, entendida más allá de la simple posibilidad de tomar decisiones en el ámbito público, sino también la posibilidad de mujeres y hombres de tomar decisiones autónomas sobre su propio cuerpo y vida, en los campos de la sexualidad y la reproducción.

Sí a los hombres y a las mujeres les es permitido decidir el destino de sus países, se impone una interrogante ¿cómo se les puede privar de tomar decisiones acerca del destino de sus cuerpos?, la respuesta de este cuestionamiento, lleva a la reflexión de que se ha invertido el prisma, es decir lo primero debe ser la decisión sobre uno mismo y luego proyectarse de forma social y

ciudadana, ello permite afirmar que en el punto de partida de los derechos humanos, debe quedar fijado en la posibilidad de disponer sobre el propio cuerpo, en relación indisoluble con la sexualidad y la reproducción.

La construcción jurídica de los derechos sexuales y reproductivos es un proceso en desarrollo, que se enfrenta a poderosas fuerzas representadas por distintas ideologías conservadoras, contrarias a la ampliación de los derechos humanos hacia espacios de autonomía sobre el propio cuerpo, la sexualidad y la reproducción.

II.- El camino recorrido

La conformación jurídica de los derechos sexuales y reproductivos, implica usar nuevos lentes para comprender que la sexualidad y la capacidad reproductiva, son los más humanos de los derechos².

La utilización del término de derechos sexuales y reproductivos, es relativamente reciente, sin embargo aparecen aspectos vinculados a ellos en diferentes momentos, que sirvieron de sustento para su conformación posterior, como son: la Proclamación de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán (1968), que reconoció legalmente la posibilidad de planificación familiar; más adelante en las Conferencias de Población de Bucarest (1974) y México (1984), ambas se pronuncian en aspectos básicos sobre la decisión libre y responsablemente de tener o no tener descendencia y el número de hijos/as.

La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo (1994), marca un avance importante en el debate sobre población y desarrollo, superando el énfasis en objetivos, y perfilándose los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos.

Debieron transcurrir casi 20 años, para que en la revisión de avances del Programa de acción de la Conferencia del Cairo, los países de América Latina y el Caribe suscribieran el Consenso

² Barahona, R, «Derechos Sexuales y Reproductivos» en Diccionario de Derechos Humanos, Madrid, Universidad de Alcalá, 2012, p.35.

de Montevideo (2013), donde se reafirmaron los compromisos de los Estados respecto a los derechos sexuales y reproductivos, considerándolos como parte integral de los derechos humanos. Este Consenso, establece que la garantía de los derechos sexuales y reproductivos son un aspecto fundamental para alcanzar las metas internacionales de desarrollo y de eliminación de la pobreza, y reafirma la laicidad del Estado como principio fundamental, a los efectos de garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos.

El abordaje de los derechos sexuales de las personas pertenecientes a la comunidad LGTBI, por los Organismos Internacionales, se ha desarrollado con significativos escollos, debido a la falta de consenso al respecto, y por la oposición que han presentado determinados países; así en el 2003, Brasil sostiene un novedoso Proyecto, para que la Organización de Naciones Unidas, emitiera una Resolución sobre los derechos humanos y la inclinación y orientación sexual, conocida con la intitulación de Resolución Brasileña.

Un enconado debate se produce y Paquistán en representación de la Conferencia Islámica, solicita una moción de no-acción; el último día del debate se acuerda aplazar la discusión hasta el siguiente año, ante la falta de consenso se retira en el año 2005, la mencionada propuesta.

Lo anterior no fue obstáculo para que en propio año 2005, se presentara un nuevo proyecto, por Nueva Zelanda, ante el silencio de la Comisión de Derechos Humanos sobre esta nueva propuesta, al siguiente año, 2006, Noruega insta con otra, en esta oportunidad con el apoyo de importantes organizaciones no gubernamentales, quienes realizan una Declaración sobre orientación sexual, identidad de género y derechos humanos.

En marzo de 2007, en reunión del Consejo de Derechos Humanos, se aprueban los Principios de Yogyakarta, cuyo primer pronunciamiento es el disfrute universal por todas las personas de los derechos humanos.

En el año 2008, Francia presenta una propuesta vinculada con el tema, la cual fue apoyada por todos los países de la Unión Europea y a la que se sumaron otros, aprobándose por la Asam-

blea General, con fecha 18 de diciembre de 2008 la «Declaración sobre orientación sexual e identidad de género».

Esta declaración de la Organización de Naciones Unidas, fue y es un gran paso de avance para los derechos humanos, no sólo derrumbo muros, sino y sobre todo que fijó el rumbo para el respeto de todas las personas, con independencia de su orientación sexual e identidad de género.

La Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible incluye 17 objetivos, de forma específica, en los objetivos, 3 -Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades- y 5 -Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas-, se incluyen metas relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos.

Las valoraciones precedentes, permiten afirmar, que los derechos sexuales y reproductivos significan que, las personas puedan tener control de su sexualidad, lo que implica decidir libre y responsablemente, sin el sometimiento o coerción, la discriminación o la violencia; es el derecho de todas las parejas e individuos a decidir en libertad el número y espaciamiento de sus hijos/as, a disponer de la información, la educación y los medios para ello, así como a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Desde su concepción, los derechos sexuales y reproductivos son algo más que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, a los anticonceptivos y a la planificación familiar, y no atañen solamente a las mujeres sino también a los hombres, a las parejas, los matrimonios, los adolescentes, los *gays*, lesbianas, transexuales e intersexuales, es decir a toda la humanidad.

III.- Delimitando jurídicamente los derechos sexuales y reproductivos.

La delimitación de la dogmática particular de los derechos sexuales y reproductivos, establece la valoración de los elementos técnicos-jurídicos, que lo integran, tomando como punto de partida su naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica de cualquier derecho, y los de índole sexual y reproductivo no son una excepción, establecen como requisitos en primer término su reconocimiento jurídico, es

decir su plasmación por una norma legal y sobre esa base que se derive la posibilidad para los sujetos de derecho, de atribuirse como facultad, es decir como derecho subjetivo, de esta forma la proyección de un derecho tiene un aspecto objetivo (regulación mediante una norma jurídica) y subjetivo (facultad para hacer valer el derecho)

En la conformación de los derechos sexuales y reproductivos, confluyen otros derechos, sirviendo este criterio para que algunos autores lo califiquen como parte integrante de otros derechos, y los cataloguen como derivados, y no autónomo. Contraria a la posición anterior existen autores que lo aprecian como un derecho en sí mismo, aunque para su ejercicio sea imprescindible integrarse a otras libertades o derechos, al valorar su naturaleza, se sostiene como un derecho humano complejo e interdependiente, pues se entronca con otros como: la vida, la salud, la integridad personal, la libertad, la intimidad, la educación, la información y la autodeterminación informativa; en esta confluencia de los elementos que forman parte de los otros derechos, al incorporarse a los derechos sexuales y reproductivos adquieren una nueva connotación, lo que asevera su carácter autónomo.

Los derechos reproductivos no pueden ser separados de la sexualidad, pues existen en el contexto de otros derechos, se diferencian de los que convergen en su conformación a que «estos se dirigen a garantizar la libre decisión sobre la manera de vivir el propio cuerpo en las esferas sexual y reproductiva»³.

III.I.- Titularidad

Los derechos humanos, se conciben como posiciones jurídicas entre determinados sujetos, entre los titulares del derecho y los obligados, para ser real un derecho, éste debe en cuestión poder ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también de forma precisa, una llamada contraparte; ello significa que «un derecho de un sujeto determinado (titular),

³ Aguado, R. y Fuentenebro, F. «¿Algo que nadie te puede quitar?», La Ventana, Portal Informativo de la Casa de las Américas, La Habana, 2015, <http://laventana.casa.cult.cu>.

es efectivo sí, y sólo si, a ese derecho le corresponde el deber de otro sujeto claramente determinado (obligado)»⁴.

La titularidad en sentido estricto es consecuencia de la específica circunstancia de un ámbito de autonomía que el sujeto del derecho posee y disfruta. En sentido amplio la titularidad no se vincula de forma exclusiva a la activación del ejercicio del derecho y puede traducirse en una posesión, o en una facultad, ésta en dos sentidos: positiva o negativa.

La titularidad de los derechos sexuales y reproductivos, se le confiere a todas las personas naturales, necesario realizar la salvedad que aunque todo individuo tenga la capacidad para que se le reconozcan estos derechos (capacidad de derecho), su ejercicio se restringe para determinadas personas, las que no tienen libertad sexual, sino intangibilidad sexual, en algunos supuestos, tienen la capacidad de obrar restringida, o en otros casos carecen totalmente de ésta, en este extremo se identifican las personas que la ley considera menores de edad (dependiendo la edad la pueden tener en ambos sentido: total o restringida), y la discapacidad mental, donde de acuerdo al padecimiento concreto, también se manifiesta en ambas direcciones.

En el otro vértice de la relación jurídica se ubicarían los sujetos obligados, que, en la conformación de los derechos sexuales y reproductivos, es en primer término, el Estado, quien debe garantizar la acción fáctica, la cual implica el aseguramiento vital de las prestaciones que incluyen los derechos sexuales y reproductivos; así como la acción normativa, encaminada a su consagración legal.

Son igualmente sujetos obligados, las personas jurídicas cuya razón de ser es la de prestar servicios de salud, cualquiera que sea su conformación organizativa: hospital, clínica, consultorio; incluyendo tanto el sector público, como el privado, encargados de dar cumplimiento a los Programas de salud sexual y reproductiva. En igual sentido las instituciones educativas, tanto del sector estatal como en el privado, a los efectos de incorporar

⁴ Guastini, R, Estudios de Teoría Constitucional, México, Editorial DJC., 2001, p.45

en su formación curricular y extra curricular los Programas de Educación sexual y reproductiva.

III.II.- Contenido

Definir el contenido de un derecho implica garantizar su esencialidad, cuya laceración conllevaría a la desnaturalización de su ejercicio, convirtiéndolo en impracticable, es el haz que hace posible la concreción del objeto. Para que los derechos sexuales y reproductivos sean reales y no simple reivindicaciones, debe delimitarse su contenido esencial, que se identifica con los parámetros siguientes:

DERECHO A LA VIDA, LA SEGURIDAD Y LA PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA

La vida, es el primer valor y de conjunto con la dignidad, constituyen el soporte de los demás derecho; que en los sexuales y reproductivos, tiene una significación especial, pues un aspecto central de las personas es la sexualidad, inherente a sus vidas en todas las etapas del desarrollo, y central para su identidad como seres humanos. El respeto a la dignidad implica como punto esencial el respeto a las libertades en la esfera de la sexualidad y la reproducción.

Es imprescindible hacer notar que los primeros esfuerzos por conciliar los derechos humanos con la sexualidad, puso el centro de gravedad en proteger a las personas del daño, en primer término en lo físico y sexual, en el caso de las niñas y las mujeres, y de los abusos extremos incluso los asesinatos de las personas que conforman la comunidad LGTBI; que si bien al comienzo esto constituyó algo necesario, el acento puesto en los abusos contribuyó a la falta de demandas coherentes, que afirmaran la diversidad en materia sexual y reproductiva.

Desde la sexualidad y la reproducción, lo relacionado con la vida y la seguridad, irradiando la dignidad humana, implica aspectos cardinales del desarrollo personal y social, en consecuencia ninguna persona puede ser puesta en peligro o riesgo de muerte en el ejercicio de su sexualidad, por causas evitables relacionadas con las enfermedades de transmisión sexual, o por cualquier forma de violencia sexual, que atente contra la salud física, mental y emocional de las personas.

Focalizado desde la perspectiva de género, ninguna mujer puede ser puesta en peligro o riesgo de muerte por el embarazo, el parto o por abortos forzados o realizados en condiciones inseguras; igualmente, se consideran como riesgosos para la vida y la salud los embarazos tempranos, los tardíos, o los embarazos muy seguidos, así como la falta de atención de salud adecuada y oportuna.

La seguridad sexual y reproductiva, implica la prohibición de todo hecho de esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

Como parte de esta seguridad, desde la arista de los derechos sexuales y reproductivos, se debe garantizar la eliminación de la trata, considerada como una forma de esclavitud moderna, definida como la acción que mediante el engaño, la fuerza, el secuestro o abuso de poder se traslada a las víctimas fuera o dentro de su país de origen, con el fin de explotarlas.

Este parámetro de los derechos sexuales y reproductivos, hace énfasis en la eliminación de toda forma de violencia, tanto la violencia de género, como la violencia por prejuicio motivada por la orientación sexual e identidad de género.

DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA:

La valoración de la libertad implica el dimensionamiento en varios sentidos:

Derecho a la libertad sexual:

Esta dimensión se traduce en la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos que excluye toda forma de coerción, explotación y abuso sexual en cualquier etapa y situación de la vida, «incluyendo el derecho a reconocerse como seres sexuados»⁵. Forma parte de este aspecto la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual en un

⁵ Sierra, A, *Del otro lado del espejo*, La Habana, Ediciones Casa de las Américas, 2006, p.63.

contexto de ética personal y social; que implica el control y disfrute de los cuerpos, libres de tortura, mutilación o violencia de cualquier tipo. La búsqueda del placer sexual se establece como prerrogativa al disfrute y goce sexual (incluyendo el autoerotismo), fuente de bienestar físico, intelectual y espiritual; así como el derecho a la expresión sexual emocional que abarca más allá del placer erótico o los actos sexuales, reconociendo la facultad a manifestar la sexualidad a través de la expresión emocional y afectiva como el cariño, la ternura y el amor. Es igualmente parte de esta dimensión el derecho a fortalecer la autoestima y autonomía para adoptar decisiones sobre la sexualidad.

Derecho a la libertad reproductiva:

La libertad personal se focaliza en este derecho en la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables, es decir el derecho a decidir si tener hijos/as o no, el número y el tiempo a transcurrir entre cada uno, el acceso pleno a los métodos para regular la fecundidad y la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo.

Derecho a la libre asociación sexual:

La libertad de contraer o no matrimonio, de divorciarse o de establecer cualquier otro tipo de asociación sexual responsable. En este ámbito debe dársele igual rango jurídico a los matrimonios y uniones heterosexuales, que los que se producen en sexualidades no heteronormativas (homosexuales, transexuales e intersexuales).

Lo referido permite sostener que en este contenido de los derechos sexuales y reproductivos la libertad se manifiesta como libertad negativa que implica la posibilidad de vivir la sexualidad escogida y la posibilidad de tener o no tener descendencia sin impedimento o constricción; pero también se extiende a la libertad positiva de autodeterminarse en su sexualidad y capacidad reproductiva a partir de una voluntad de querer no heterodeterminada.

Para que exista una real libertad desde los derechos sexuales y reproductivos y siguiendo un ejemplo concreto, tiene que existir la posibilidad de elegir libremente como vivir la sexuali-

dad (voluntad autodeterminada), y que se promulguen disposiciones jurídicas que posibiliten esa autodeterminación, pues en caso contrario la heterodeterminación impide el ejercicio de esa libertad; por ejemplo se elige libremente como vivir la sexualidad, pero sin ser libre para ejercerla porque las sexualidades no heteronormativas son consideradas delitos.

Derecho a la igualdad sexual y reproductiva:

La igualdad es el fundamento social de los derechos humanos, con una triple dimensión: valor, principio y derecho; su concreción en los derechos sexuales y reproductivos se traduce en que toda persona debe ser tratada de la misma manera, a tener los mismos derechos, beneficios y posibilidades que el resto, sin distinción a causa de su sexo, género, preferencia sexual, orientación sexual e identidad de género. Es de cardinal importancia el dimensionamiento de la igualdad en este ámbito, pues no es ajeno que la discriminación en ambos sentidos (inoperancia de la ley y por desplazamiento) han comprendido a estas categorías, una de ellas, de las consideradas históricas (sexo) y otras de reciente conformación, en no pocos casos sin plasmación legislativa específica(género, identidad de género, orientación y preferencia sexual); por lo que la igualdad en este sector de los derechos debe trazar claramente las dos direcciones, en la ley y en su aplicación.

El derecho a la igualdad en el plano de la sexualidad y la reproducción, es vulnerado cuando una persona sufre discriminación en el acceso a los servicios de salud o educación por ser mujer, niño, niña, homosexual, transexual o intersexual, por convivir con el VIH/SIDA, estar embarazada, o por su estado civil. Además cuando una mujer embarazada es despedida de su trabajo o expulsada de la escuela, si se encuentra cursando estudios, y cuando se le exige a una mujer la autorización de su pareja para una intervención, como la esterilización.

Derecho a la intimidad sexual:

La intimidad desde la perspectiva jurídica se ha definido como la facultad subjetiva reconocida a favor de la persona física, de no permitir la intromisión de extraños, en lo que respecta al

ámbito de su esfera individual, sin reservas de las limitaciones normativas que de manera expresa se establezcan.

El derecho a la intimidad, incluye una serie de situaciones que guardan relación con los derechos inherentes a la personalidad, como son: ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al conocimiento ajeno; aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual; aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo; defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles; comportamiento del sujeto que no es conocido por extraños y que de ser revelado originaría críticas o desmejoraría la apreciación que estos hacen a aquel; apreciaciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto; contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, estos es, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas; la vida pasada del sujeto en cuanto pueda ser motivo de desmerito para éste.

Desde la concepción de los derechos humanos, la intimidad se dimensiona en dos sentidos: objetivo (zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente una familia) y subjetivo (se identifica con el denominado derecho a la autodeterminación informativa, que es la facultad del individuo derivada de la idea de autodeterminación de decidir básicamente, por sí mismo, cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida. Ámbito de plena disponibilidad por parte del individuo, siendo este el único que determina lo que debe o no quedar reservado al conocimiento genérico). En esta última dimensión el derecho a la intimidad es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de la injerencia por parte de otros.

Es indudable que en los derechos sexuales y reproductivos ambas dimensiones se encuentran presentes, pues por la esencia misma de la sexualidad esta debe quedar reservada al plano más íntimo del ser humano, en consecuencia, legítima las decisiones y conductas individuales realizadas en el ámbito de la intimidad, estableciéndose como único límite posible la interferencia con

los derechos de otros/as. En el aspecto subjetivo, se verifica que la persona titular es la única facultada para decidir quién tendrá conocimiento e intervención de su vida sexual y reproductiva.

Derecho a la información sexual basada en el conocimiento científico:

Desde la perspectiva de los derechos humanos se construye doctrinalmente a partir de la libertad de expresión, que debe diferenciarse entre las libertades-resistencia frente a las libertades de participación, vista de esta forma rebasa la limitada concepción liberal y se proyecta como un derecho a la información, que encierra un doble significado.

El derecho a la información se dimensiona en dos aspectos:

- el derecho a informar, que se refiere al sujeto que activa la información,
- el derecho a recibir información, que se destina al sujeto que recibe la información.
- En el plano de los derechos sexuales y reproductivos, el primer significado le corresponde a los sujetos obligados, en un nivel general, al Estado; así como a otras instituciones y organizaciones quienes deben incluir la información referida a los derechos sexuales y reproductivos, con un enfoque científico. El segundo significado implica que los titulares del derecho, que son el sujeto receptor de la información, reciba ésta a través de procesos científicos y éticos, que sea difundida de forma apropiada y que llegue a todo el conglomerado social; haciendo notar que a su vez estos receptores también tienen el derecho de informar sobre estos particulares.

Derecho a la educación sexual integral:

Este parámetro se vincula estrechamente con la información, pero es más específico pues entronca con el derecho a la educación en sentido general, él que implica que todas las personas, hombres, mujeres, jóvenes, niños y niñas, desde temprana edad tienen derecho a ser educadas y tener acceso a una información oportuna y adecuada sobre cómo funciona su cuerpo, los métodos de regulación de la fecundidad, las enfermedades y riesgos relacionados con la salud y la formas de evitarlos, las

infecciones de transmisión sexual (ITS), los derechos sexuales y reproductivos, y, en general, todos los aspectos relacionados con la sexualidad y reproducción humana. Implica la impartición de la educación sexual durante toda la extensión de la vida, y exhorta a la participación de todas las instituciones sociales. Es vital, como parte de este derecho, el referido a contar con servicios educativos que aseguren la autonomía reproductiva.

El dúo integrado por la educación y la información se erige como requisitos fundamentales para el ejercicio y garantía de la mayoría de los derechos sexuales y reproductivos; sin la información oportuna y adecuada, no es posible tomar decisiones libres y responsables sobre la sexualidad y reproducción, y tampoco es posible exigir el respeto de los derechos.

Derecho a la atención de la salud sexual:

Según Carbonell, M⁶, el derecho a la protección de la salud, debe ser entendido como un derecho muy amplio, a partir del cual se genera no solamente la posibilidad de contar con atención médica en caso de enfermedad, sino que incluye una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones para lograr los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia y potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

En lo concerniente a los derechos sexuales y reproductivos la protección a la salud implica la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones, enfermedades y trastornos sexuales, a tener acceso a servicios de salud y atención médica que garanticen una maternidad segura, libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y se brinde las máximas posibilidades de tener hijos/as sanos. Incluyendo una arista importante y vinculada con el derecho a la vida que es la referida a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo.

6 Carbonell, M. (2009): «El derecho a la salud en el Derecho Internacional de los derechos humanos» en La protección judicial de los Derechos Humanos, Ecuador, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p.63.

La salud reproductiva es definida, como: «un estado general de bienestar físico, mental y social y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias, relacionados con el sistema reproductor, sus funciones y procesos»⁷.

Por su parte, la salud sexual es la experiencia del proceso permanente de consecución de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad que trasciende la ausencia de enfermedad. En cuanto a la salud reproductiva es la vivencia de bienestar que alcanza el ser humano en los diversos contextos de su vida personal, de pareja, familiar y social, atendiendo a la posibilidad de satisfacer, plena y responsablemente, sus necesidades y expectativas como hombre o mujer, derivadas de su proyecto de vida, sin afectar física o espiritualmente a aquellas con las que se relaciona.

Esta concepción posibilita incluir entre las personas de uno y otro sexo que disfrutan de la salud sexual, a aquellas que aún al presentar determinadas afecciones o enfermedades, son capaces de aprender a vivir su condición de hombre o mujer y las relaciones con las de su sexo y el otro de manera satisfactoria y enriquecedora, por ejemplo los poseedores de alguna discapacidad, los portadores o que viven con VIH/sida, entre otras.

Una condición esencial para lograr la salud sexual y reproductiva es que los derechos humanos y, en especial, los sexuales y reproductivos de las personas de uno y otro sexo, con la orientación sexual o identidad de género libremente escogida, se le reconozcan y se le garanticen su pleno ejercicio, en todos los contextos de actuación personal y social.

IV.- A modo de conclusión

La construcción jurídica de los derechos sexuales y reproductivos es un proceso en desarrollo, que se enfrenta a poderosas fuerzas representadas por distintas ideologías conservadoras, contrarias a la ampliación de los derechos humanos hacia espa-

⁷ Documentos de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994, en www.ohchr.org.

cios de autonomía sobre el propio cuerpo, la sexualidad y la reproducción.

La delimitación de los derechos sexuales y reproductivos, como derechos humanos, parte de la identificación de los siguientes elementos:

- **Naturaleza jurídica:** es un derecho humano complejo e interdependiente, pues se entronca con otros como: la vida, la seguridad, la salud, la integridad personal, la libertad, la intimidad, la educación, la información y la autodeterminación informativa; en esta confluencia los elementos que forman parte de los otros derechos, al incorporarse a los de índole sexual y reproductivos adquieren una nueva connotación, lo que asevera su carácter autónomo.
- **Objeto:** se identifica con la sexualidad y con la capacidad de reproducción de los seres humanos.
- **Sujetos:** sobre la base de la relación jurídica como posiciones jurídicas, se identifican en :

Titulares: son todas las personas naturales, necesario realizar la salvedad que, aunque todo individuo tenga la capacidad para que se le reconozcan estos derechos (capacidad de derecho), su ejercicio se restringe para determinadas personas, las que no tienen libertad sexual, sino intangibilidad sexual, en algunos supuestos tienen la capacidad de obrar restringida o en otros casos carecen totalmente de ésta.

Obligados: es en primer término, el Estado, quien debe garantizar la acción fáctica, la cual implica el aseguramiento vital de las prestaciones que incluyen los derechos sexuales y reproductivos; así como la acción normativa, encaminada a su consagración legal; son igualmente sujetos obligados las personas jurídicas cuya razón de ser es la de prestar determinados servicios relacionados con los parámetros de los derechos sexuales y reproductivos.

Contenido esencial: está conformado por los siguientes aspectos: derecho a la vida, la seguridad y la protección contra la violencia; derecho a la libertad sexual y reproductiva y a la libre asociación. También el derecho a la igualdad sexual y reproductiva; a la intimidad sexual; a la información sexual y

reproductiva basada en el conocimiento científico, a la educación sexual integral y el derecho a la atención de la salud sexual y reproductiva.



14.- DEL DERECHO A LA CIUDAD Y SUS PILARES COMO DERECHO HUMANO EMERGENTE



ANA ROSA AGUILERA RODRÍGUEZ

Resumen

Entre los elementos configuradores del derecho a la ciudad, se encuentra su naturaleza jurídica. Con el objetivo principal de sistematizar tendencias doctrinales relativas a ella, con énfasis en su determinación como derecho humano emergente, se realiza este artículo científico. En él, a partir de los fundamentos generales y las características que propiamente tienen los derechos humanos, se alude a su valoración como tal, su condición de emergente y su ubicación generacional. Además, se hace referencia a su carácter colectivo, difuso, complejo e instrumental. La revisión bibliográfica es la técnica investigativa que esencialmente se emplea, de conjunto con algunos de los métodos de uso más frecuente tanto en investigaciones científico- teóricas en general como en las investigaciones jurídicas; estos últimos, caracterizados por una mayor especificidad. Los resultados fundamentales se centran en la sistematización de las principales tendencias, que coadyuvan a determinar al derecho a la ciudad entre los derechos humanos emergentes, además de otros aspectos relativos a su naturaleza jurídica. Todo cuanto se valora, permite arribar a la conclusión de que a este derecho le asisten

los fundamentos jurídicos necesarios para ser considerado con la condición de derecho humano emergente.

Palabras clave: dimensionamiento jurídico; naturaleza jurídica; derecho a la ciudad.

I.- Introducción

En lo que ya transcurre del siglo XXI, se aprecia cómo cada vez son mayores los retos que asumen las ciudades, sobre todo, por las condiciones que signan esta época, caracterizada por una progresiva y acelerada urbanización a escala planetaria. Es común apreciarlas como depositarias de crecientes manifestaciones de desigualdad, a saber: segregación social y espacial, gentrificación, hiperespecialización territorial, barrios desfavorecidos, desigualdades en cuanto al disfrute de equipamientos y prestaciones de servicios, vulnerabilidad ante riesgos sociales y naturales, entre otros.

Ante estas problemáticas, se precisa la búsqueda de diversas alternativas jurídicas, dentro las cuales, ocupa un lugar significativo el derecho a la ciudad. Devenido un paradigma para la satisfacción de necesidades humanas y el normal desarrollo de la vida en colectivo, este derecho adquiere una connotación que ineludiblemente va en aumento, sobre todo por su significado y alcance en cuanto al cumplimiento y eficacia de las políticas que al respecto se adopten, como ocurre, por ejemplo, en aquellas que, según refieren Camacho y Cantú (2015, p. 86), repercuten en la intervención del espacio y en la construcción del hábitat. Por lo que representa, puede erigirse en respuesta diferente y oportuna (Correa, 2010a, p. 38), pues justamente, se trata de un derecho que renueva la visión tradicional del planeamiento territorial de carácter normativo, para incorporar una cuestión clave de legitimidad: los derechos humanos, respecto a los cuales, como bien señala Zárate (2016, p. 33), aporta elementos que hacen más tangibles la integralidad y la interdependencia de estos.

El mérito de ser el pionero en su tratamiento, corresponde a Lefebvre, quien en 1968, hace referencia a su concepción, identificándolo con «una forma superior del derecho: derecho a la libertad, a la individualización en la socialización, al hábitat

y a residir» (1978, p. 173). Desde entonces hasta la actualidad, disímiles son las definiciones y consideraciones ofrecidas sobre él, las que contribuyen a visualizarlo y a estructurarlo desde distintas perspectivas, entre ellas, la que aboga por su reconocimiento jurídico.

La autora de este trabajo, lo define, como aquel en virtud del cual sus titulares tienen el derecho de usar y disfrutar los beneficios que representa la ciudad en asentamientos humanos sostenibles, así como participar en la producción de los mismos de manera inclusiva, todo sobre la base de la dignidad humana, la justicia social, la igualdad, la equidad y la solidaridad, en función de lograr una mayor calidad de vida para todos.

Respecto al grado de positivización alcanzado por este derecho, se aprecia que aún son escasas las constituciones que lo regulan; en este caso, Ecuador y México. Sin embargo, mucho más amplio es su respaldo jurídico expreso en leyes ordinarias, destacándose esencialmente: Francia, Brasil, Ecuador, Argentina y México.

Se visualiza que casi en todos estos países, resultan insuficientes la elaboración y promoción de marcos institucionales que lo consagren, así como la construcción de plataformas de exigibilidad que garanticen la plena observancia de lo que implica su contenido. Tal situación limita su concreción como concepto clave que tributa a cambios alternativos a los modelos de ciudad, requeridos en el presente.

Se avanza lentamente en su dimensionamiento jurídico, a pesar de advertirse una vasta producción académica en torno a él. Así, lo relativo a su naturaleza jurídica, objeto, contenido esencial, sujetos y límites, reconocidos como elementos configuradores de un derecho (Villabella, 2020, p. 140), no es un asunto al que se le presta significativa atención, al menos de manera sistemática. Aunque en esta investigación se particulariza en la naturaleza jurídica del derecho a la ciudad, no se deja de considerar el nexo existente que tiene con los restantes elementos. El objetivo principal planteado, coincide con sistematizar, respecto al derecho a la ciudad, tendencias doctrinales relativas a su naturaleza jurídica, con énfasis en su inclusión entre los derechos humanos emergentes.

En modo alguno se pretende agotar el tema y sí erigirse en un motor impulsor de nuevas indagaciones que amplíen su contenido y alcance, dada la necesidad de reconocimiento jurídico que cada vez adquiere el derecho a la ciudad, en pos de que su materialización efectiva transite de la realidad a la aspiración.

II.- Sobre la naturaleza jurídica del derecho a la ciudad y sus fundamentos como derecho humano

Es posible apreciar los ostensibles avances que cada vez adquiere el derecho a la ciudad en cuanto a su reconocimiento; sin embargo, aún resultan escasos los países que expresamente lo consagran en sus ordenamientos jurídicos¹. Dimensionar jurídicamente este derecho, a partir de la determinación de sus elementos configurativos, implica delinear sus contornos para su ejercicio efectivo, exigibilidad y defensa, lo que conlleva a determinar su naturaleza jurídica, objeto, contenido esencial, sujetos y límites. Significa también establecer un punto de partida para implementar políticas públicas más coherentes en todos los niveles, en aras de lograr cambios estructurales cualitativamente superiores, en la forma en que se gestiona el desarrollo urbano.

Todo lo anterior, se traduce en la posibilidad que ofrece de dotar a los ciudadanos de una mayor seguridad jurídica en cuanto al disfrute de lo que representa su contenido, en condiciones de dignidad humana, justicia social, igualdad, equidad y solidaridad. Cabe agregar además, cuánto contribuye a contrarrestar las cada vez más frecuentes desigualdades y contradicciones que en muchas sociedades, en virtud de las relaciones sociales de producción actuales, propician exclusión de las bondades y beneficios que ofrecen los entornos ciudadanos, tal como expresan Calderón y Carrasco (2003).

¹ En sus Leyes Supremas, solo Ecuador (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 31) y la ciudad de México, en México (Constitución Política de la Ciudad de México, 2017, Art.12). Resulta más amplio el número de Estados que lo refrendan en leyes ordinarias, destacándose fundamentalmente: Francia (Ley n° 91-662, 1991, Artículo 1, Título I), Brasil (Ley federal No. 10257, 2001), Ecuador (Ley s/n, 2016, Art. 5), Argentina (Ley 14.449, 2013, Art.11) y México (Ley s/n, 2016, Art. 4, fracción 1).

Entre todos los elementos configurativos del derecho a la ciudad existe un estrecho vínculo, de cuya coherencia, se extraen los presupuestos indispensables para el desarrollo de técnicas que lo protejan, definan y hagan posible su contenido (Pérez, 2001, p. 16). Así, aunque en este artículo solo se enfatiza en su naturaleza jurídica, no se obvia la integración holística existente entre los mencionados elementos.

Con relación a la naturaleza jurídica que se determina para el derecho que centra este trabajo, los principales análisis son enfocados, en primer lugar, hacia su valoración como derecho humano, sin desconocer las características que le asisten en correspondencia con los derechos humanos emergentes, su inclusión en la generación correspondiente, ni su carácter colectivo y difuso; a lo que se añade su determinación como derecho complejo e instrumental. Asignarle a tal derecho el cariz de derecho humano, obliga a acceder a los fundamentos esenciales de estos. Ello coadyuva a la vez, a resolver inestimables contradicciones teóricas y prácticas que, como refiere Santano (2020, p. 49), se presentan respecto a la aceptación de los derechos humanos desde una óptica universal.

Entre las referencias cardinales respecto a los derechos humanos, se encuentra Peces-Barba (1980, p. 66). Del examen de sus consideraciones al respecto, se constata cómo le atribuye un valor fundamental al desarrollo integral de las personas naturales, en razón de lo cual, concibe a estos derechos como aquellos que tributen a este; esencialmente los asienta en la vida, la libertad, la participación social y política; sin excluir la igualdad. Resulta también significativo cómo en razón de estos derechos, el autor refiere que es posible exigir el respeto no solo de todas las personas, sino que los extiende a los grupos sociales y de modo esencial, al Estado, previendo, además, la susceptibilidad que tienen de generar entre sus efectos jurídicos, las consecuencias coactivas cuando son vulnerados.

Quintana y Sabido (1998, p. 23) proponen dos conceptualizaciones y lo reconocen como derechos fundamentales. La primera, sigue las tendencias más actuales; en ese tenor, los cimienta en un objeto esencial que se corresponde con su protección, desde las disposiciones jurídicas nacionales e internacionales,

erigida ante el poder público, para lo que se prevén un cúmulo de garantías, sustentadas en la dignidad y el respeto inherentes a las personas naturales solo por su condición de seres de humanos.

No menos trascendente es la segunda conceptualización, reflejo de la tendencia histórica. También los atribuyen, las referidas autoras, a todos los seres humanos. En ese sentido, manifiestan que estos derechos conforman un conjunto de posibilidades, a partir de las cuales, sus titulares salvaguardan de modo esencial su vida y su dignidad.

De gran connotación es el criterio de Pérez (1998, p. 48), el cual, siguiendo un criterio muy similar a los anteriormente valorados, no deja de reconocer la necesidad de que estos derechos sean institucionalizados jurídicamente y se consagren en los disímiles ordenamientos jurídicos. Es valioso cómo también los sustenta en la igualdad, la dignidad y la libertad, identificándolos con las facultades e instituciones que, de acuerdo con momentos históricos concretos, tributan a ello.

Igualmente resulta apreciable lo aportado por Cutié (1999, p. 33), quien refiere que el desarrollo histórico en el cual se enmarca el ordenamiento nacional en el cual son reconocidos estos derechos, es determinante, aunque también admite la influencia que ejercen los instrumentos que, en ese rigor, resultan refrendados a nivel internacional. Considera que son no solo exigencias, sino también facultades, asentadas en la dignidad humana que le es inherente a cada persona natural. Esta autora enfatiza en lo imprescindible que devienen las condiciones materiales en pos de la concreción de estos derechos; así como la existencia de un conjunto de garantías que integralmente favorezcan su tutela, dada cualquier vulneración o amenaza de la cual sean objetos, tanto por el Estado como por particulares.

Por su parte, Contreras (2000, p. 5), hace extensiva la concepción de estos derechos no solo a la persona individual, sino también a la comunitaria, en correspondencia con su naturaleza jurídica. Al reconocer su valía, expresa que en virtud de todo poder y autoridad estos deben ser reconocidos positivamente en las normas jurídicas y respetados, sin desdeñar las exigencias demandadas por el bien común.

Del análisis de estas conceptualizaciones, se visualizan algunos elementos en los que coincidentemente, sobresalen aspectos que conforman los derechos humanos en su expresión conceptual. En primer término, se advierte el reconocimiento de su inherencia a los seres humanos por tan solo gozar de esta condición; en segundo lugar, el hecho de estar representados por un cúmulo no solo de libertades, sino también de prerrogativas; en tercer lugar, el propósito esencial que tienen de proteger y salvaguardar la dignidad humana; en cuarto lugar, el erigirse en un conjunto de deberes y obligaciones para el Estado y para las demás personas naturales; y en quinto lugar, la necesidad que tienen para su concreción efectiva, de ser garantizados por los órdenes jurídicos nacionales e internacionales.

Con relación a los derechos humanos, tal como señala Peces-Barba: «(...) la acepción incluye también a aquellos supuestos en los cuales esos Derechos no están incorporados aún al Derecho Positivo» (1999, p. 22). En ese mismo rigor, vale tener en cuenta que los *supra* mencionados elementos, sirven de base ineludible en función de fundamentar que un derecho humano adquiera el requerido reconocimiento y sea incorporado finalmente a un ordenamiento jurídico determinado. Así ocurre con el derecho a la ciudad, el que no escapa de ser doctrinalmente muy polémico, sobre todo, en cuanto a su institucionalización jurídica.

No obstante el nivel de respaldo jurídico alcanzado por el derecho a la ciudad, este no encuentra aún el reconocimiento internacional dentro del sistema de protección de los derechos humanos. Ello conlleva a que autores como Guillén, expresen que «la articulación de la ciudad así entendida como derecho humano, se encuentra en sus fases más primitivas» (2011, p. 22). Es importante tener en cuenta que ello no implica la imposibilidad de que se reconozca en los ordenamientos jurídicos nacionales; de hecho, ya se cuenta con algunos países que así lo han hecho, como se alude al inicio de este epígrafe.

Criterios ofrecidos por autores como Fernández y Villabella, sirven de acicate para sostener de manera fehaciente, lo oportuno que resulta fundamentar un derecho humano en pos de

su positivización, como se pretende con el derecho a la ciudad. Para Fernández:

(...) abandonar ingenuamente la pretensión de fundamentación de los Derechos Humanos, traería como primera consecuencia práctica, admitir que ellos son únicamente los consagrados en los 126 artículos de la Carta y, cuanto más, en los otros instrumentos de Naciones Unidas que abordan uno que otro Derecho Humano especial. (1997, p. 38)

En similar orden, es de sumo valor lo señalado por Villabella (2020, p. 134), sobre todo, en función de aplicarlo al derecho a la ciudad, pues coherentemente concatena varios puntos en su exposición, que contribuyen a una mayor comprensión de que, ante las cambiantes y renovadas demandas que tienen ante sí los seres humanos en las diferentes etapas, y con el presupuesto jurídico de que no existe un *numerus clausus* de figuras jurídicas, es posible que estas puedan alcanzar su debida positivización y ofrecer las respuestas satisfactorias.

Además, por la misma progresividad (Nogueira, 2003, p. 71) que caracteriza a los derechos humanos, este es un derecho que debe ser reconocido como tal, pues desde su origen a la actualidad exhibe un progreso que claramente evidencia cómo amplía paulatinamente su ámbito y sus garantías; sus preceptos evolucionan a partir del mismo tratamiento académico y jurídico que recibe (Calvo, 2014, p. 144).

Para Delgadillo (2016), el derecho en análisis, alude a la utopía, a los derechos sociales y a las políticas públicas. Sus consideraciones al respecto, las fundamenta en que este contribuye a conquistar la ciudad a la que se aspira, a reivindicar instrumentos jurídicos en pos de que diferentes grupos sociales puedan defender su territorio, además de contar con una gestión urbana que en alguna medida tribute a la inclusión de todas las personas.

De modo significativo, también es loable tener presente lo manifestado por Ziccardi (2018, p.18). Según su criterio, existe un paradigma de ciudad sustentado en el derecho a la ciudad que al tener un estrecho nexo con la inclusión social, la equidad y la universalidad, tiene la posibilidad de generar condiciones de vida más satisfactorias para todos.

Otros autores como Carrión y Dammert (2019, p. 10), paten-tizan cómo el derecho a la ciudad propicia la transformación en cuanto a cómo se gestiona actualmente el desarrollo urbano y se accede a lo que este implica. En ese tenor, también Tapia (2020, p. 3) hace su aporte; para ella, este derecho se erige en un sistema de derechos en el que se integran los derechos humanos, que es extensivo a todos los seres humanos en sus territorios.

Es evidente cómo al derecho a la ciudad le asisten varios elementos que se corresponden con las particularidades de los derechos humanos. En Plataforma Global por el derecho a la ciudad (2017, p. 25), se hace alusión expresa a tal cuestión. De acuerdo con ello, se enfatiza en su estrecho vínculo con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, además de los compromisos de la Agenda Hábitat. No lo reconoce como nuevo, lo que fundamenta en el hecho de que tributa a la materialización efectiva de los disímiles derechos humanos, que a diferencia de él, ya están refrendados a nivel internacional. Insiste en cómo este derecho contribuye al perfeccionamiento de los derechos humanos, sobre todo en cuanto a su materialización en el ámbito urbano y en los asentamientos humanos en general.

Corti y Borja (2018, p. 11) también se pronuncian respecto a este derecho; específicamente aluden a la expresión sintética que adopta, en lo relativo a una gama de reivindicaciones de carácter preponderantemente político. De modo esencial, lo reconocen como parte de los derechos fundamentales, con las implicaciones teórico-práctica que ello genera.

Un criterio similar ofrece Iracheta (2012, p. 218), a pesar de que en él se visualizan dos perspectivas: la primera, defiende la idea de que no se trata de un nuevo derecho, pues para él, el derecho a la ciudad más bien es expresión de los derechos humanos refrendados constitucionalmente en el país en cuestión y en acuerdos al respecto, que a nivel internacional este firme. La segunda perspectiva pudiera parecer contradictoria con la anterior, pues en virtud de ella, el autor sí admite abiertamente la novedad de este derecho. Tal afirmación la sustenta en el hecho de que según él, este derecho propicia la aplicación de otros ya regulados en el ordenamiento jurídico nacional, a los que se añade otros que no son reconocidos aún.

A estas consideraciones oportunamente ofrecidas por estudiosos sobre el tema, resulta de utilidad agregar la congruencia existente entre los caracteres del derecho a la ciudad con los que distinguen a los derechos humanos en general. Fundamentalmente, se alude a la universalidad, la inalienabilidad, la indivisibilidad, la complementariedad y la interdependencia. Todos para constatar cómo se corresponden unos con otros.

La universalidad es el primer rasgo que se evidencia, pues por la misma naturaleza que le asiste al derecho a la ciudad, se aprecia cómo insta a un proceso que implica una construcción social, en el que necesariamente se genera cierta corresponsabilidad entre sus sujetos activos, representados por la ciudadanía en general, sin distinción de ninguna clase, y sus sujetos pasivos, donde se incluyen las autoridades públicas. Por tanto, es un derecho que pertenece a todos, por el simple hecho de ser personas naturales.

De igual modo se constata la inalienabilidad como otra de las características del derecho analizado; guarda estrecha relación con la universalidad. Se sustenta fehacientemente en la dignidad intrínseca que deviene de la persona natural, quien por su propia naturaleza humana, no puede ser excluida del disfrute de lo que representa la ciudad y sus bienes, con independencia del asentamiento humano en el que se encuentre.

Relativo a la indivisibilidad, se tiene que el derecho a la ciudad, representa un cúmulo de derechos, entre los que existe una integralidad que se ha ido conformado paulatinamente a través del tiempo, a partir de la cual, tomando como referencia algunos, son exigidos los demás. La concreción efectiva de este derecho se basa en el cumplimiento de los derechos humanos de manera total, donde se tenga en cuenta la observancia plena de sus componentes, a saber: la no discriminación, la igualdad de género, la inclusión, la participación, la accesibilidad y asequibilidad, los espacios y servicios públicos de calidad, las economías diversas e inclusivas y el equilibrio entre los vínculos urbano-rurales.

No menos importante es la complementariedad. Encuentra su fundamento en la variedad de grupos de derechos que, a partir de su contenido y lo que significan como derechos humanos, se complementan entre sí. Así ocurre con los civiles, políticos,

económicos y sociales y culturales; a los que se añaden los de solidaridad, como el derecho a la ciudad. Esta característica se relaciona con la interdependencia, también presente en él, al ser tener esta cualidad con relación a todos los derechos humanos ya reconocidos en disímiles niveles (Perceval y Timerman, 2011, p. 9).

Tal como se aprecia, el derecho a la ciudad está investido del carácter universal, inalienable, indivisible, complementario e interdependiente, que distingue a los derechos humanos. Ello conduce a admitirlo también como uno más, en este caso, de un valor considerable, específicamente si se aplica en función de abordar la complejidad urbana actual (Anduaga, 2017, p. 28). Es menester además, valorar cómo, en virtud de la Declaración de Viena (1993), corresponde defender su implementación universal, al tener incorporado los rasgos que identifican los derechos humanos.

Aun sin contar con carácter vinculante, entre los instrumentos jurídicos más relevantes por su trascendencia en la consideración del derecho a la ciudad, como derecho humano, se encuentran la Carta Europea de la Mujer en la Ciudad, de 1996; la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, de 2000; la Carta por el Derecho de las Mujeres a la Ciudad, de 2004; la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, de 2005; la Carta de Derechos y Responsabilidades de Montreal, de 2006; la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad de 2010; la Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad, de 2011; y la Carta de Derechos Humanos de Gwangju, de 2012.

Tienen en común, la propensión por impulsar el reconocimiento de este derecho en el ordenamiento jurídico internacional. Lo conciben como independiente y a la vez, interdependiente de los ya respaldados. Un aspecto de suma trascendencia, que caracteriza a estos instrumentos jurídicos, es que visualizan cómo el derecho a la ciudad tributa inestimablemente al alcance de una mayor inclusión en el goce pleno de su contenido y cómo se erige en reivindicación para todos los seres humanos que en determinados espacios le son vulnerados sus derechos, al ser susceptibles de discriminación por motivos de género, edad,

etnia, raza, posición económica y social, condiciones físicas, entre otros.

Disímiles argumentos cimientan la determinación que se hace del derecho a la ciudad como paradigma urbano que modifica la manera en la que se perciben las problemáticas urbanas actuales (García, 2017, p. 373). Al ser un derecho que generalmente se enfoca en la escala local, impacta favorablemente en la atención prestada a la exclusión socio-espacial; a la desigualdad territorial; a la calidad y accesibilidad de los espacios y servicios públicos e infraestructuras; y a los más variados aspectos que atentan contra la calidad de vida de las personas, no solo en la ciudad, como sugiere su denominación, sino que se hace extensivo a los asentamientos humanos en general.

III.- De la realidad a la aspiración: por un derecho a la ciudad consagrado como derecho fundamental

Ser considerado con la condición de derecho humano emergente, es también uno de los aspectos que gira actualmente en torno al derecho a la ciudad, sobre todo, cuando se admite a este como una de las aspiraciones aún no codificadas entre los derechos fundamentales, a pesar de estar regulado expresamente en algunos ordenamientos jurídicos. No se trata, en este caso, de una cuestión compleja en cuanto a su asimilación, pues es posible advertir la correspondencia que tiene su expresión técnico-jurídica, con los rasgos distintivos de los derechos humanos emergentes.

Con el objetivo de ahondar en los derechos humanos ya reconocidos legalmente y promover el respaldo de otros que aun siendo expectativas de la sociedad, no logran el respaldo jurídico necesario, ajustados a las circunstancias impuestas por la sociedad global que signa la presente centuria, es aprobado en octubre de 2007, en ocasión del Fórum Universal de las Culturas, reunido en Monterrey, un instrumento programático, considerado como un anexo al sistema internacional de los Derechos Humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (publicada en 2009).

Esta Declaración tampoco tiene carácter vinculante; sin embargo, de manera similar a como ocurre con los instrumentos

jurídicos mencionados *ut supra*, deviene obligada referencia en lo que respecta al derecho humano a la ciudad, caracterizado por ser social, emergente, además de justiciable. Uno de sus méritos, es que exhibe las discusiones que se sostienen a nivel global en función de impulsar el derecho a la ciudad y los avances alcanzados en ese tenor.

Inestimable aporte en este asunto, lo hace Guillén (2011), quien concibe a los derechos humanos emergentes como un verdadero reclamo, que responde a las inquietudes de la sociedad en cuanto a la necesidad de promulgar novedosos derechos humanos, tanto individuales como colectivos, ya sea en el ámbito nacional o en el internacional. Esta autora realiza un análisis minucioso del derecho a la ciudad y ofrece importantes sustentos respecto a cuestiones técnico-jurídicas sobre él. Según ella, este derecho cumple «a cabalidad con los requisitos de los derechos humanos emergentes» (2011, p. 16).

Asimismo, se toma en consideración el criterio sostenido por Saura (2014), quien se refiere oportunamente, a cómo el derecho a la ciudad cumple satisfactoriamente con los requerimientos tenidos en cuenta para que los derechos humanos sean admitidos como emergentes; esencialmente: la legitimidad, la novedad y la naturaleza reivindicativa.

Expresa Alvarado (2014, p. 11), quien centra parte de sus estudios en este tema, que se declaran como derechos humanos emergentes aquellas reivindicaciones, caracterizadas ante todo por su legitimidad, que, a partir de la existencia de determinados derechos ya reconocidos, necesitan prever una vía, que a la vez que los distinga de estos, los encauce en pos de su futura institucionalización. Influyen en su existencia, el dinamismo presente en la sociedad y en el derecho internacional.

La legitimidad se visualiza en el derecho a la ciudad, a partir de que se trata de un derecho generalizable, al poder ser disfrutado por todos los individuos que residen en un asentamiento humano determinado, sin importar si son ciudadanos, extranjeros, o tienen cualquier otra condición al respecto. Todo ello, además de ser considerado como tal, por representar un paradigma para todos los que luchan por el disfrute de su contenido,

sobre la base de la igualdad, la dignidad humana y la equidad. En ese rigor, Guillén (2011) enfatiza en cuánto este significativo derecho posee a su favor varios elementos que coadyuvan a valorar su legitimidad.

En cuanto a la novedad, se tiene que este derecho, a pesar de que sus primeros atisbos datan de los finales de la década de los '60 del siglo XX, aún no logra su consagración jurídica a la que se aspira, pues son mínimos los Estados que lo regulan expresamente. Además, se aprecia que es reflejo de una prolongación de contenidos relativos a derechos humanos que han sido susceptibles de reconocimiento. Por tanto, puede admitirse como novedoso, lo que conduce a continuar perfeccionado su dimensionamiento jurídico, en pos de que llegue a formar parte del sistema de protección de los derechos humanos y alcance el debido reconocimiento en todos los niveles: internacional, regional y nacional.

Es interesante la amplitud de este concepto. En virtud de él, no solo se incluyen a los derechos que son fruto de la inevitable evolución de la sociedad, sino también aquellos que responden, por su contenido, a situaciones novedosas, impredecibles con anterioridad. A ellos se unen además, los que, no obstante encontrarse reconocidos expresamente en el sistema internacional de los derechos humanos, reciben un significativo impulso en su materialización concreta cuando adquieren esta condición (Alvarado, 2014, p. 3).

Al examinarlo minuciosamente, se determina desde su contenido, un cúmulo de prestaciones tanto particulares como sociales, que en su conjunto, lo configuran como un interés colectivo. Sin dejar de tener en cuenta que las características particulares de cada uno, lo conforman como un derecho humano nuevo e interdependiente (Correa, 2010a, p. 49).

Bermúdez (2018, p. 28), no obstante admitir lo novedoso del derecho a la ciudad, al no estar reconocido expresamente en el sistema internacional de los derechos humanos, ni estar incluido en el ordenamiento jurídico nacional de la mayoría de los Estados, advierte sobre su sentido reivindicativo y enfatiza

en los derechos que, previo a ser institucionalizados, adquirieron la condición de emergentes.

Justamente la naturaleza reivindicativa como otro de los requisitos, da cuenta de la posibilidad que tienen los derechos humanos, de que sea exigida su positivización en un momento determinado, cuando aún son meras aspiraciones de la sociedad, o inclusive, aun siendo ya reconocidos, no se logra su materialización efectiva. El derecho a la ciudad goza de un considerable carácter reivindicativo, exigido a través de varias plataformas, desde múltiples perspectivas, sobre todo en lo relacionado con los asentamientos humanos, con énfasis en el desarrollo urbano; así como, en función de los grupos de personas que, a través de la historia, no han tenido la posibilidad de su disfrute; dicho de otro modo, individuos que han resultado excluidos de la ciudad, como manifiesta Gnecco (2020).

Este derecho, tal como se manifiesta en el epígrafe anterior, integra otros derechos humanos y cuenta con «la base de exigencia de estos en un marco democrático, con la solidez de un derecho fundamental que pronto puede configurar su propia autonomía jurisdiccional» (Alvarado 2014, p. 13). Se añade a esta valoración, el hecho de que, dado su cimiento principal: «el logro de la cohesión social y territorial de los asentamientos humanos» (Bermúdez, 2018, p. 21), en torno a él, se erigen varios fundamentos reveladores de su valía, referida a la determinación de la ciudad valorada como espacio público.

Este aspecto es de gran importancia, pues se constituye precisamente el espacio público, en elemento material, y a la vez, simbólico, en el que, como también expresa Bermúdez (2018, p. 13), es posible contrarrestar las desigualdades sociales existentes y llevar a niveles superiores la calidad de vida, a partir del ejercicio de todos los derechos humanos que se encuentran en conexión con él.

Como se verifica, al derecho a la ciudad le corresponden los rasgos que caracterizan a los derechos humanos emergentes. Es trascendente el nivel que ya se le reconoce en el ámbito internacional; ello debe reflejarse en los ordenamientos jurídicos

nacionales, de acuerdo con sus peculiaridades. No debe dejarse de tener en cuenta en ese tenor, su estrecho nexo con otros derechos fundamentales ya positivados, entre los cuales, por su significado, sobresalen la vida, la dignidad humana y la igualdad, además de la necesaria autodeterminación y el imprescindible acceso a la vivienda. Tal reconocimiento debe conducir también a su garantía por las instituciones jurídicas y otras que eficazmente se determinen, como asevera Alvarado (2014, p. 2).

En este artículo se admite su condición de emergente. En función de ello, se coincide, de modo esencial, con los criterios aportados por los autores mencionados. El derecho a la ciudad, desde su condición de emergente, tiene todas las posibilidades de transitar de la realidad en la que se encuentra actualmente, a la aspiración de ser reconocido como derecho fundamental, con todos los efectos jurídicos que implica.

IV.- El derecho a la ciudad: otras distinciones de su naturaleza jurídica

Además de ser considerado como un derecho humano emergente, el derecho a la ciudad tiene otras características que lo distinguen en cuanto a su naturaleza jurídica. Téngase en cuenta que se trata de un derecho que cumple una función integradora y estratégica, al englobar a otros ya refrendados en disímiles instrumentos internacionales, agrupados en civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. (García, 2017, p. 11).

Un aspecto que se valora, de acuerdo con su naturaleza jurídica, es su ubicación en la evolución que históricamente tienen los derechos humanos. No es un asunto sencillo, dada la variedad de criterios al respecto, destacándose los que la establecen a partir de las distintas generaciones de derechos reconocidas (Villabella, 2020, p. 145); y los que, en contraposición, toman en cuenta otros referentes, como la clasificación dimensional de los mismos. Para este artículo, se considera tomar de una y de otra posición, pues ambas resultan de gran valía para la comprensión de este particular a pesar de sus limitaciones (Villabella, 2020, p. 148).

En consecuencia, de acuerdo con la ubicación en la generación de derechos, el derecho a la ciudad pertenece a la tercera generación, aunque no se subvalora que también existen posiciones que lo ubican en la cuarta generación. Respecto a la clasificación dimensional, es un derecho colectivo y difuso. Se añaden, además, su carácter complejo e instrumental.

Entre los derechos humanos correspondientes a la tercera generación, se encuentran incluidos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Martí, 2003). Su génesis se enmarca fundamentalmente en la segunda mitad de la pasada centuria; tienen en común, entre otras cuestiones, que satisfacen un interés colectivo. Es notable cómo en ellos tienen cabida, por ejemplo, los de los grupos vulnerables, los correspondientes a las generaciones futuras, los derechos de los migrantes, los de las minorías, y de modo esencial, los de solidaridad; en estos últimos, clasifica el derecho a la ciudad.

Los derechos que se asientan en la solidaridad, elevan a planos superiores el desarrollo de los seres humanos en su universalidad y buscan garantías para la humanidad en su conjunto. Suponen la colaboración mutua entre los individuos, sobre la base de lazos sociales que los unan; así como la capacidad de actuar como un todo. Según Contreras (2000, p. 38), se enmarcan en la época actual; esencialmente desde el último tercio del siglo XX, como también refiere Villabella (2020, p. 147).

Respecto a estos derechos, se reconoce a la solidaridad como uno de sus valores generadores; al individuo y a colectivos, grupos y comunidades en los que convive, como su titular, haciendo mención a la titularidad difusa; así como al Estado, los entes económicos privados, las transnacionales, los organismos internacionales, la comunidad internacional, como sujetos pasivos (Villabella, 2020, p. 147).

Notable es que trascienden el ámbito individual para trasladarse al género humano integralmente. Ello es relevante, pues de ese modo, está por encima de cualquier aspecto que los limite desde el punto de vista geopolítico. Como asevera Navarrete (1992, p. 152), los derechos de esta generación, y ello también caracteriza al derecho a la ciudad, son *sui géneris* en cuanto al

hecho de considerar al individuo como un todo y no aisladamente; lo que contribuye a traducir las más variadas necesidades y aspiraciones individuales, pero desde su dimensión social.

En su nexo con el derecho a la ciudad, se aprecia en las disímiles disposiciones que lo refieren, la alusión a la solidaridad, dado que en la ciudad, considerada por varios autores como espacio público, es posible la expresión de voluntades colectivas, convirtiéndose así, en espacio para la solidaridad (Oslak, 1991, p. 304; Borja, 2011, p. 139).

Desde la óptica de los derechos de cuarta generación, interesante resulta la manera en la que Viera (2012, p. 33) lo reconoce expresamente. Sostiene también esta clasificación para el derecho a la ciudad, Ferrandiz (2017), quien valora que dentro de esta generación se encuentran los derechos humanos emergentes y argumenta las razones por las que el referido derecho adquiere tal denominación. En tal dirección, no se coincide totalmente con este autor, pues si bien se admite al derecho a la ciudad con la condición de derecho humano emergente, se considera que este carácter no le es exclusivo a la cuarta generación.

La autora de este trabajo se ajusta al criterio que incluye al derecho a la ciudad dentro de la tercera generación de los derechos humanos. Una de las principales implicaciones de esta clasificación es que en virtud de ella, se concibe a este derecho como indivisible, ya explicado con anterioridad. Consecuentemente, genera la necesaria observancia de la integralidad en cuanto al respeto y protección de todos los derechos humanos, así como, en grado sumo, de su cumplimiento, donde sean tenidos en cuenta los componentes que integran el derecho a la ciudad. Solo de ese modo se garantiza su concreción efectiva.

Dado otro de los fundamentos de este derecho, su naturaleza jurídica también lo distingue como un derecho colectivo y difuso. En este punto es factible considerar la acotación que realizan Fernández de Losada y García (2018, p. 4), con la que se está conteste, respecto a los derechos que responden a esta clasificación en general. Según estos autores, se evidencia, a partir de los derechos colectivos y difusos, cómo las Ciencias Jurídicas responden a las transformaciones que tienen lugar en la sociedad actualmente, tanto en el ámbito económico, político y social.

No puede faltar en los derechos colectivos una relación jurídica base, existente entre un determinado número de personas, cuya naturaleza es indivisible (Fernández de Losada y García, 2018, p. 5). Al cotejar las características del derecho a la ciudad con los derechos colectivos, se visualiza cómo existe correspondencia entre ellos. Entre los países que expresamente lo regulan, Brasil, Argentina y México, lo reconocen como colectivo. Para ello se basan en su titularidad, al determinar que se les atribuye a todos los individuos que habitan en un asentamiento humano y tienen la voluntad común de participar en la producción y disfrute del mismo.

Tibaijuka (2006) hace una restricción en cuanto a los titulares de este derecho. En ese sentido, indica que su carácter de colectivo radica en que dentro de todos los que habitan los asentamientos humanos, se reconoce de manera especial a los que debutan como vulnerables. Este es un parecer que también respalda López (2000).

En otra dirección, la mayoría de los autores lo admiten como un derecho atribuible a todos los habitantes existentes en un asentamiento humano, en los que se aprecia el interés común de contribuir a su desarrollo a través de la participación. Así, tal como refiere Harvey, citado por Sugranyes y Mathivet:

(...) es un derecho colectivo de todas las personas que viven en una ciudad, que tienen acceso y hacen uso de ella. No solo concede el derecho al uso de todo lo que ya existe en el espacio urbano, sino que también el derecho de crear y definir lo que debería existir para cubrir las necesidades de una vida decente en el espacio urbano (2010, p. 230).

Se evidencia en el derecho a la ciudad un interés emanado de un interés de la colectividad, el cual encuentra su concreción en el usufructo equitativo de lo que representa la ciudad en cualquiera de los asentamientos humanos existentes; todo sobre la base de la sostenibilidad, tanto en lo económico y en lo ambiental, como en lo social, de manera que se garantice la equidad, igualdad y justicia social. En este punto, los derechos humanos conexos con el derecho a la ciudad, se presentan como imprescindibles para definir aquellas cuestiones que deben

garantizarse para todos en la ciudad (Correa, 2010a, p. 49) y en los asentamientos humanos en general.

A partir de su definición como derecho colectivo, es posible identificar, como lo hace Correa (2010b, p. 125), tres aspectos que coadyuvan a su adecuada configuración. En primer lugar, el usufructo equitativo de la ciudad, mediante el cual, todos sus habitantes pueden usar todas las ventajas que representa y ofrece la ciudad. En segundo lugar, la participación en la construcción de la ciudad, de sumo valor, pues trae aparejado la identificación de los habitantes con su ciudad o asentamiento humano en general y esencialmente, su activa participación en todo cuanto tenga que ver con este. En tercer lugar, el goce efectivo de los derechos humanos, también de vital importancia, pues mediante él se garantizan todos los derechos humanos reconocidos.

De todo, se colige cómo este carácter colectivo, contribuye a que, siendo parte de la naturaleza jurídica de este derecho, en virtud de él, se gestione un desarrollo urbano más inclusivo, que cuente con la participación de todos los habitantes del asentamiento humano en cuestión, los que puedan disfrutar de lo que este significa, sobre la base de la igualdad y la dignidad humana.

En cuanto a los derechos difusos, varias son las características que los distinguen y hacen notable. En primerísimo orden, se destaca el hecho de que su titularidad radica en un número indeterminado de personas naturales, entre las que no media nexo jurídico alguno, y solo circunstancias de hecho accidentales son las que los unen. Son, por naturaleza, indivisibles, igual que los colectivos, lo que implica que la satisfacción de determinado interés, es extensivo a todos los que, de una manera u otra, integran la comunidad (Correa, 2010b, p. 125).

Atendiendo lo anteriormente tratado, el derecho a la ciudad es difuso, carácter que se determina a partir de que corresponde no solo a las generaciones presentes, sino también a las futuras. Además, realza esta condición el hecho de su no sujeción al uso exclusivo de un grupo de individuos. Se comprueba con esta característica que la valiosa función social que le compete a la ciudad, es del interés de todos los habitantes de esta, quienes crean un vínculo con la ciudad, asimilada como un bien de vida difuso.

De gran valor es lo que al respecto prevé la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad de 2010. En ella, se consagra una significativa integración de derechos y deberes, así como de responsabilidades de sus habitantes, quienes no solamente tienen el propósito de elevar favorablemente sus condiciones de vida, sino que también participan en la gestión de la ciudad.

Se advierte como uno de los rasgos de este carácter difuso del derecho a la ciudad, que cuando en virtud de él se alude a la participación, como uno de sus componentes, se tiene en cuenta que sus titulares se integran a la creación de condiciones y oportunidades, referidas al acceso oportuno de todos(as) a los bienes y servicios presentes en la ciudad, y en los demás asentamientos humanos; todo con el objetivo de encauzar la ciudad que se pretende erigir para las generaciones ulteriores.

A su naturaleza jurídica, también se le añade el de ser considerado como un derecho complejo, pues como ya queda expuesto, compendia otros derechos y tienen entre sus objetivos, el desarrollo y promoción de actitudes que resultan solidarias, siendo enfáticamente espaciales. Esta cualidad solo la reconoce expresamente Argentina (Ley 14.449, 2013), entre los países que lo refrendan.

Dado este carácter complejo, Anduaga (2017, p. 6), reconoce como invaluable, su no limitación a la reivindicación de los derechos humanos específicamente en un espacio territorial determinado. En tal sentido, es muy positivo que se admita cómo genera obligaciones para todos sus titulares, activos y pasivos, en la gestión, en la producción y de modo esencial, en el desarrollo de la ciudad. De ese modo, garantiza que la ciudad pertenezca a todos los que la habitan o transitan.

Fernandes (2010, p. 515), pondera significativamente este derecho. Para él, tiene un nivel de superioridad respecto a los restantes derechos humanos, con los que, además, tiene correlación y es interdependiente. Velásquez (2004) establece que esta complejidad está dada porque contempla en sí, las tres dimensiones conocidas, a saber, la política, la social, la económica y la cultural.

Por último, se reconoce el carácter instrumental (García, 2017, p. 275) como uno de los rasgos que también caracteriza al derecho a la ciudad. Ello en virtud de que abarca todos los derechos reconocidos en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y se erige en un medio invaluable para que se concreten eficazmente en los disímiles asentamientos humanos.

Cada uno de los caracteres que determinan la naturaleza del derecho a la ciudad, resultan de trascendental valor, pues permiten diferenciarlo de otros derechos y tener presente los efectos jurídicos que implica. Este elemento configurador, se relaciona ineludiblemente con su contenido esencial, objeto, sujetos y límites. Todos, en su conjunto, permiten el avance de este derecho en cuanto a su reconocimiento jurídico, lo que a la vez coadyuva a elevar la efectividad en su concreción, hasta ahora, un desafío pendiente para las Ciencias Jurídicas y una aspiración para la sociedad, que demanda su disfrute en condiciones de dignidad humana, igualdad, equidad y solidaridad.

V.- Conclusiones

Aunque resulta tan polémico doctrinalmente, el derecho a la ciudad cuenta con los fundamentos jurídicos de los derechos humanos; sus particularidades se corresponden con los rasgos distintivos de estos, que lo ubica entre los paradigmas urbanos más oportunos para el abordaje integral de la complejidad que caracteriza actualmente a la ciudad y a los asentamientos humanos en general.

Es posible admitirlo como derecho humano emergente, pues también muestra correspondencia con las características de estos. Al examinar deontológicamente lo que significa el derecho analizado, se constata su novedad, que lo hace susceptible de ser reconocido como derecho humano bajo la óptica del derecho internacional. Que ya esté regulado en algunos ordenamientos jurídicos, es una evidencia de su valía por todo cuanto puede contribuir a orientar las voluntades de cambio. Respecto a cómo percibir las ciudades y los asentamientos humanos en general, en función de viabilizar que estos sean socialmente cada vez más sostenibles.

Las peculiaridades de la naturaleza jurídica del derecho a la ciudad, que lo determinan como derecho humano emergente, de tercera generación, colectivo, difuso, complejo e instrumental, se erigen como punto de partida para establecer los restantes elementos configuradores que lo dimensionan jurídicamente, en correspondencia con el ordenamiento jurídico en el cual se pretenda su regulación.

Referencias bibliográficas

- Anduaga, E. (2017). *El Derecho a la Ciudad en la Constitución de la Ciudad de México. Una propuesta de interpretación*. Instituto de Investigaciones Parlamentarias.
- Alvarado Alegría, N. (2014). *El derecho a la ciudad como derecho humano emergente*. Universidad Autónoma de Querétaro.
- Asamblea Constituyente de la ciudad de México. (2017, 5 de febrero). *Constitución de la ciudad de México*. Gaceta Oficial de la Ciudad de México. <https://bit.ly/3EUdWnP>
- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (2008, 20 de octubre). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial n.º 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (2016, 30 de junio). *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial Uso y Gestión de Suelo*. Ley s/n. Registro Oficial n.º 790. <https://bit.ly/3uhO5Bn>
- Assemblée nationale française. (1991, 13 de Julio). *Loi no 91-662. Loi d'orientation pour la ville de Francia*. Journal officiel, n.º 167. <https://bit.ly/3ib5OFZ>
- Bermúdez L, R. H. (2018). El derecho a la ciudad y la recuperación de plusvalías urbanas: una aproximación a la temática en el contexto de la nueva agenda urbana. *Revista IUS Doctrina*, 11(1). <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/33801>
- Borja, J. (2011). Espacio público y derecho a la ciudad. *Serie de Derechos Humanos Emergentes 7: El derecho a la ciudad*, 139-164. <https://bit.ly/3ueZQIX>
- Bustamante Donás, J. (2001). Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la so-

- ciudad tecnológica. *CTS+I. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, (1). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r22470.pdf>
- Calderón H.A y Carrasco Aquino, R.J. (2003). La vivienda como elemento de segregación o lógica de su reproducción. *Scripta Nova: Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. 7(146). Universidad de Barcelona.
- Calvo, N. J. (2014, enero-junio). Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. *Vis Iuris*, 1(1), 141-161. <https://doi.org/10.22518/vis.v1i12014.214>
- Carrión, F. y Dammert Guardia, M. (2019). Introducción. El Derecho a la Ciudad: una aproximación. En Carrión, F. y Dammert Guardia, M. (Editores). *Derecho a la ciudad: una evocación de las transformaciones urbanas en América Latina*. (pp. 7-19). Ecuador: FLACSO.
- Conferencia Mundial de derechos humanos y Naciones Unidas. (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena*. <https://bit.ly/3CW75Zv>
- Congreso General de los Estados Unidos mexicanos. (2016, 28 de noviembre). *Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano. Ley s/n*. Diario Oficial de la Federación s/n. <https://bit.ly/3EXgNwb>
- Congreso Nacional. (2001, 10 de julio). *Lei No. 10257*. Diário Oficial da União. <https://bit.ly/2Y8ufwG>
- Contreras Nieto, M. Á. (2000). *El derecho al desarrollo como derecho humano*. Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Correa Montoya, L. (2010a). Algunas reflexiones y posibilidades del derecho a la ciudad en Colombia: los retos de la igualdad, la participación y el goce de los derechos humanos en los contextos urbanos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 11(1), 31-73. <https://bit.ly/3kKAM9p>
- Correa Montoya, L. (2010b). ¿Qué significa tener derecho a la ciudad? La ciudad como lugar y posibilidad de los derechos humanos. *Territorios*, (22), 125-149. <https://bit.ly/3uieBL1>
- Corti, H. G. y Borja, J. (2018). *Derecho a la ciudad: conquista política y renovación jurídica*. Editorial Jusbaire.

- Cutié Mustelier, D. (1999). *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba* [tesis de doctorado, Universidad de Oriente, Cuba]. Universidad de Oriente.
- Institute de Drets Humans de Catalunya. (2009). *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes*. <https://bit.ly/2XRcnGr>
- Delgadillo Polanco, V. M. (2016). El derecho a la ciudad en la Ciudad de México: utopía, derechos sociales y políticas públicas. En Carrión F. y Erazo, J. (coords.) *El derecho a la ciudad en América Latina. Visiones desde la política* (pp. 73-90) Ciudad de México.
- Distrito Federal de la Ciudad de México y otras organizaciones. (2011). *Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad*. Distrito Federal de la Ciudad de México y otras organizaciones. <https://bit.ly/3ok4kNc>
- Fernandes, E. (2010). La construcción del «derecho a la ciudad» en Brasil. En C. Santos Carvalho y A. Rossbach (orgs.), *El Estatuto de la Ciudad de Brasil. Un comentario* (pp. 494-518). Ministerio de las Ciudades: Alianza de las Ciudades. <https://bit.ly/3F6Y4i6>
- Fernández, J. (1997). Los fundamentos de los derechos humanos. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos (org.), *Seminario sobre Derechos Humanos* (pp. 37-49). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Unión Nacional de Juristas de Cuba. <https://bit.ly/3EThXJg>
- Fernández de Losada Passols, A. y García Chueca, E. M. (2018). Repensar las ciudades globales desde el municipalismo internacional y el derecho a la ciudad. *Anuario Internacional CIDOB 2018. Nueva Época. Perfil del país: Francia*, 54-60. <https://bit.ly/3ALsfsA>
- Ferrandiz, F. (2017). *La última generación de derechos humanos: los derechos humanos emergentes y el derecho a la ciudad* [tesis de doctorado, Universidad de Almería]. Repositorio Institucional. <http://repositorio.ual.es/handle/10835/6467>
- Foro Social de las Américas, Foro Mundial Urbano, Foro Social Mundial. (2005). *Carta Mundial del Derecho a la Ciudad*. https://www.ugr.es/~revpaz/documentacion/rpc_n5_2012_doc1.pdf

- García Chueca, E. M. (2017). ¿Puede el derecho a la ciudad ser emancipatorio? Presencias, ausencias y emergencias en la construcción del derecho a la ciudad en Brasil [tesis de doctorado, Universidad de Coimbra]. Repositorio. <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/80678>
- Gnecco Quintero, C. (2020). *El derecho a la ciudad. La ciudad hacia el derecho: una mirada desde las actuaciones urbanísticas de la Bogotá humana* [tesis de doctorado, Universidad Libre]. Repositorio Institucional Unilibre. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/17933>
- Guillén Lanzarote, A. (2011). El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente. *Serie de Derechos Humanos Emergentes 7: El derecho a la ciudad*, 16-27. <https://bit.ly/3ueZQIX>
- Hernández Camacho, G. y Cantú Chapa, R. (2015) Des-industrialización en la metrópoli: el estudio de Azcapotzalco, D. F. *Mundo Siglo XXI: Revista del CIECAS-IPN*. 35 (5), 85-100.
- Iracheta, A. (2012). La mejor política social es la política económica. En Centro Cooperativo Sueco (comp.), *Derecho al suelo y la ciudad en América Latina. La realidad y los caminos posibles* (pp. 217-228). Ediciones Trilce. <https://bit.ly/3ufrbe3>
- Lefebvre, H. (1978). *El derecho a la ciudad*. Editorial Península.
- Martí Capitanachi, D. R. (2006). *Ciudad y derecho. La ciudad como proyecto social* (segunda parte). *Letras jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, 8(15), 139-162.
- Navarrete M, T. *et al* (1992). *Los derechos humanos al alcance de todos*. Diana.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Oslak, O. (1991). *Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano*. Humanitas.
- Peces-Barba Martínez, G. (1980). *Derechos fundamentales*. Debate.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid; Boletín especial del Estado.

- Perceval, M. C. y Timerman, J. (coords). (2011). *Derecho a la ciudad: por una ciudad para todas y todos*: Ministerio de Justicia y DD.HH de la Nación; Secretaría de Derechos Humanos.
- Pérez Luño, A. E. (1998). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.
- Pérez Luño, A. E. (2001). *Derechos humanos: Estado de derecho y Constitución*. Tecnos.
- Plataforma Global por el derecho a la ciudad. (2017). El derecho a la ciudad. Construyendo otro mundo posible. *Guía para su comprensión y operacionalización*. <https://bit.ly/3m9Sjrk>
- Quintana Roldán, C. F. y Sabido Peniche, N. D. (1998). *Derechos humanos*. Porrúa.
- Santano, A. C. (2020). Derechos humanos para el desarrollo de una sociedad realmente globalizada. *Opinión Jurídica*, 19 (38), 39-57. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n38a2>
- Saura, J. (2014). Concepto y contenido de los Derechos Humanos Emergentes. En J. Saura, y M. Rodríguez (eds.), *Derechos Emergentes: Desarrollo y Medio Ambiente* (pp. 17-42). Tirant lo Blanch.
- Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. (2013, 9 de enero). *Ley 14.449*. Boletín Oficial n.º 27156. <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/2013/14449/11302>
- Sugranyes, A. y Mathivet, C. (eds.). (2010). *Ciudades para todas. Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias*. Habitat International Coalition (HIC).
- Tapia, M. (2020). El derecho a la ciudad, entre el confinamiento y la utopía. *Crítica Urbana. Revista de Estudios Urbanos y Territoriales*. 3 (13).
- Tibaijuka, A. (2006). Keynote speech on the occasion of the public debate on Urban Policies and the Right to the City. *International Public debates. Urban Policies and the Right to the City*. Unesco.
- Velásquez Carrillo, F. (2004). Pensar la ciudad en perspectiva de derechos. En F. Velásquez Carrillo (ed.), *Ciudad e inclusión: por el Derecho a la Ciudad*. Foro Nacional por Colombia.
- Viera, E. (2012, julio-agosto). Derecho a la ciudad – Herramienta de inclusión social en Latinoamérica. *Revista Electrónica de*

- Psicología Política*. 9(28), 27-47. <http://www.psicopol.unsl.edu.ar/pdf/Agosto2012-Articulo3.pdf>
- Villabella Armengol, C. (2020). *Estudios de Derecho Constitucional*. UNIJURIS.
- Zárate, L. (2016). Derecho a la Ciudad: Enfoques y herramientas para los desafíos de la justicia social en una centuria urbana. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 6(10), 27-35. <https://bit.ly/3ARK9K8>
- Ziccardi, A. (2018). Ciudad de México. Dos modelos de ciudad y una conflictiva gobernanza local. *Revista latinoamericana de investigación crítica i+c*, 5 (8), México.



AUTORAS Y AUTORES



- » **Ms. C. Ana Rosa Aguilera Rodríguez**, Universidad de Las Tunas. Cuba. ✉ rosana@ult.edu.cu
- » **Dra. C. Grethel Arias Gayoso**, Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho administrativo. Universidad de Oriente. ✉ garias@uo.edu.cu.
- » **Dra. C. Danelia Cutié Mustelíer**, Profesora Titular de la Universidad de Oriente, Cuba.
- » **Dra. C. Caridad Rosa Jiménez Morales**, Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Titular de la Universidad de Oriente, Facultad de Derecho, Santiago de Cuba, Cuba. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Vicepresidenta de la Junta Directiva Provincial de la Unión de Juristas en Santiago de Cuba. ✉ cary@uo.edu.cu. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0413-8010>.
- » **Ms. C. Olga Victoria Madrigal Álvarez**, Licenciada en Derecho, Universidad de Holguín (2014). Máster en Ciencias Sociales y Axiología (2018). Profesora principal de Derecho Internacional Privado de la Carrera de Derecho de la Facultad

de Ciencias Sociales de la Universidad de Holguín. Presidenta de la Cátedra Honorífica de Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Holguín. Jefa de la Disciplina Derecho de la Empresa e Internacionales.

- » **Dra. C. Diana Medina Batista**, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. ✉ dmedina@uo.edu.cu.
- » **Esp. Tahimí Beatríz Medina Marcheco**, Profesora Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. ✉ tahimib@uo.edu.cu.
- » **Ms. C. Violeta Rosa Mejías Rojas**, Profesora Asistente de Historia General del Estado y el Derecho e Historia del Estado y el Derecho en Cuba. Realizó su Licenciatura en Derecho por la Universidad de Holguín (2014), y la Maestría en Ciencias Sociales y Axiología por la Universidad de Holguín (2018).
- » **Dra. Myrna Beatriz Méndez López**, Profesora Titular de la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente.
- » **Esp. Elaine Miranda Quintana**, Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente.
- » **Dra. C. Darina Ortega León**, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. ✉ darina@uo.edu.cu.
- » **Dra. C. Nilda Haydeé Rizo Pérez**, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Doctora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Civil. ✉ hrizo@uo.edu.cu.
- » **Ms. C. Viviana Mercedes Trejo Rizo**, Profesora instructora. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. ✉ vivianamerecedestrejorizo@gmail.com.

- » **Ms. C. Victoria Margarita Villarreal Lesmes**, Licenciada en Derecho por la Universidad de Oriente (2016), Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Oriente (2020). Doctoranda por la Universidad de Alcalá e investigadora en formación miembro del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá.
- » **Ms. C. Julio Eduardo Avila Pérez**, Profesor Asistente de Metodología de la Investigación Jurídica y Filosofía del Derecho en la Universidad de Holguín. Realizó su Licenciatura en Derecho por la Universidad de Oriente (2004), y la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana (2014).
- » **Dr. C. Jorge Olver Mondelo Tamayo**, Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Oriente, Cuba). Máster Universitario en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad Internacional Menéndez Pelayo, España). Es Profesor Titular de Derecho Constitucional y Teoría General del Derecho. ✉ jmondelo88@gmail.com.
- » **Dr. José Augusto Ochoa del Río**, Licenciado en Derecho. Doctor en Ciencias Pedagógicas. Investigador del Centro de Estudios de Cultura e Identidad (CECI) Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Holguín. Vicepresidente del Capítulo Provincial de la Sociedad Científica de Derecho Constitucional y Administrativo de Cuba. ✉ jochoa@uho.edu.cu.
- » **Dr. C. Luis Alberto Pérez Llody**, Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Oriente, Cuba); Doctor en Derecho (Universidad Panamericana, México). Máster en Estudios Cubanos y del Caribe (Universidad de Oriente, Cuba) y Especialista en Administración Pública (Escuela Superior de Cuadros del Estado y el Gobierno, Cuba). Es Profesor Titular de Historia del Derecho y Vicerrector de la Universidad de Oriente. ✉ llody@uo.edu.cu.

- » **Dr. Vladimir Pita Simon**, Profesor e investigador posdoctoral María Zambrano de la Universidad Rey Juan Carlos, España (2023); Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Sociología del Derecho de la Universidad de Holguín (2004-2023); investigador del Centro de Estudios de Cultura y Sociedad (CECI) de la Universidad de Holguín (2019-2023); realizó la Licenciatura en Derecho (2004) y el Doctorado en Ciencias Jurídicas (2014) por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.
- » **Lic. Daniel Reyna Parga**, Licenciado en Derecho (Universidad de Oriente, Cuba). Maestrante en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de Oriente, Cuba). Es Profesor Instructor de Derecho Financiero y Derecho Económico. ✉ dreyna@uo.edu.cu.
- » **Dr. Carlos Manuel Villabella Armengol**, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; Máster en Derecho por la Universidad de Granada, España; Doctor en Derecho por la Universidad de La Habana; Postdoctoral en la Universidad de Oviedo y en la Universidad de Valencia, España. Profesor titular de la Universidad de Camagüey.

El presente volumen es el resultado de un valioso y mancomunado esfuerzo en el marco del Proyecto de Cooperación Internacional «Fortalecimiento de los derechos constitucionales en Cuba a través de la Unidad de Estudios sobre la Justicia Constitucional». Profesores e investigadores de las Universidades de Holguín, Camagüey y Oriente (Santiago de Cuba) aupados por la fecunda colaboración con colegas de la Universidad de Valencia, España, colocan a disposición del conocimiento jurídico importantes aportes en clave de interpretación y ejercicio de derechos. En el actual contexto cubano, marcado por la trascendencia renovadora de la Constitución de 2019, es este un material necesario que se orienta a sostener con vitalidad el debate sobre los más caros sueños de la Nación, con centro en la conquista perenne de la justicia para todos.

Ana Rosa Aguilera Rodríguez · Julio Eduardo Avila Pérez · Grethel Arias Gayoso · Danelia Cutié Mustelier · Caridad Rosa Jiménez Morales · Olga Victoria Madrigal Álvarez · Diana Medina Batista · Tahimí Beatríz Medina Marcheco · Violeta Rosa Mejías Rojas · Myrna Beatriz Méndez López · Elaine Miranda Quintana · Jorge Olver Mondelo Tamayo · José Augusto Ochoa del Río · Darina Ortega León · Luis Alberto Pérez Llody · Vladimir Pita Simon · Daniel Reyna Parga · Nilda Haydeé Rizo Pérez · Viviana Mercedes Trejo Rizo · Carlos Manuel Villabella Armengol · Victoria Margarita Villarreal Lesmes

f @ i pireoeditorial

UNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

