

<i>El Otro Derecho</i> es una revista editada por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA	5
Editora: Margarita Flórez	Presentación
Consejo Editorial: Mauricio Sanabria Germán Burgos Luis Carlos Arenas Héctor Moncayo Margarita Flórez	11 Introducción
ILSA Presidente: Fernando Rojas Director: Héctor-León Moncayo	13 Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy <i>Julio Fernández Bulte</i>
Junta Directiva: Elsie Monge Fernando Rojas Carlos Federico Marés Manuel Jacques Valdemar de Oliveira Ramón Custodio Debra Evenson Wendy Singh Gladys Acosta Octavio Carsen Clarence Dias	29 Cuba y el control constitucional en el estado socialista de derecho <i>Serafín Seriocha Fernández Pérez</i>
Equipo Ilsa Bogotá: Margarita Flórez Amanda Romero Amparo Rojas Héctor Moncayo Germán Burgos Carlos Alberto Ruiz Mauricio Sanabria Luis Carlos Arenas Mara Bird Ruthy de Moncayo Leonel Suárez Gloria González	45 El recurso de amparo y el tribunal constitucional cubano: necesidad y proyecto <i>Angel Rafael Mariño Castellanos</i>
Producción: Marta Rojas Corrección: Emma Ariza	65 El Ombudsman cubano: una propuesta <i>Angel Rafael Mariño Castellanos</i>
Fotomecánica e Impresión: Dupligráficas	81 Una propuesta más dentro de los mecanismos e instrumentos de protección y defensa de los derechos y libertades individuales en el proceso penal <i>Vicente Arrans</i>
ILSA: Calle 38 No. 16- 45 Tels.: (571) 2884772- 2883678- 2880416- 2455955 Correo electrónico: llsabog@ax.apc.org Fax: 2884854 A.A. 077844 Bogotá, Colombia	91 Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento <i>Angel Rafael Mariño Castellanos</i> <i>Danelia Cutie Mustelier</i> <i>Josefina Méndez López</i>

Garantías y defensa de los derechos fundamentales
de la ciudadanía cubana
María Prieto Valdés

Algunas consideraciones del derecho de queja:
su tratamiento teórico y doctrinal
Carlos Villabella Armengol
Joyced Iglesias Pérez
Mariannee Cepero Mellán



Adpostal

Estos son nuestros servicios ¡utilícelos!

- SERVICIO DE CORREO ORDINARIO
- SERVICIO DE CORREO CERTIFICADO
- SERVICIO DE CERTIFICADO ESPECIAL
- SERVICIO ENCOMIENDAS ASEGURADAS
- ENCOMIENDAS CONTRA REEMBOLSO
- SERVICIO DE CARTAS ASEGURADAS
- SERVICIO DE FILATELIA
- SERVICIO DE GIROS
- SERVICIO ELECTRONICO DE BUROFAX
- SERVICIO INTERNACIONAL APR/SAL
- SERVICIO "CORRA"
- SERVICIO DE RESPUESTA COMERCIAL
- SERVICIO DE TARIFA POSTAL REDUCIDA
- SERVICIOS ESPECIALES

Teléfonos para quejas y reclamos:
334-0304/341 5536/ Bogotá

Cuente con nosotros
Hay que creer en los Correos de Colombia

Presentación

Esta edición del *Otro Derecho* es poco usual. No tenemos planteamientos que hablen de derecho alternativo, pero de búsquedas críticas sí. Y hemos decidido publicarla por cuanto cumple una doble función: de una parte, socializar el pensamiento actual de un grupo de abogados cubanos frente a las reformas del control constitucional de las leyes y de los actos administrativos, así como del perfeccionamiento de los mecanismos de protección de los derechos humanos; y, de otra, dar cuenta del tremendo esfuerzo de los juristas en Cuba por proponer reformas en su sistema jurídico para el cumplimiento de estos fines, en un contexto plagado de presiones.

Los artículos que aquí presentamos son las ponencias que se debatieron durante el Taller "Protección Jurídica de los Derechos Constitucionales", coordinado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional, durante los días 31 de marzo y 1º de abril del presente año. El intercambio de diputados, profesores y especialistas se realizó con el objeto de propiciar una profundización de temas de enorme trascendencia para Cuba.

La tarea de conformar una propuesta para ser debatida en la Asamblea Nacional es una meta que se construye a partir de intercambios, de discusiones. Este camino recoge uno de los logros fundamentales de la Revolución, cual es el de facilitar, mediante la consulta en espacios democráticos, los temas principales que atañen a su existencia como democracia.

El tema de la protección de los derechos humanos es un tanto espinoso. Cuba ha sido reiteradamente señalada como violadora de derechos humanos y es una apreciación que se extiende con el propósito de deslegitimar su régimen. Esta campaña ha ido de la mano de los progresos de la Revolución. Como dice uno de los ponentes, en Cuba existen violaciones de los derechos humanos de manera aislada, lo cual acontece en cualquier país. La diferencia es que allí no parecen ser sistemáticas como en otros contextos latinoamericanos. No se pretende decir que el sistema jurídico sea completo y menos que funcione cabalmente. Lo que queremos señalar es que cuando se suceden este tipo de apreciaciones, éstas quieren ocultar, de manera forzada, los grandes logros de esta sociedad. Y en este terreno lo aconsejable es separar, distinguir.

Tal vez una primera explicación para entender este aparente relegamiento de los derechos civiles y políticos se

encuentre en la meta misma que se propuso desarrollar el nuevo gobierno en 1959. Lo primero era crear las condiciones materiales que hicieran posible la realización de los derechos de las personas, acabar con un sistema de injusticia que originaba cotidianas violaciones a todos los derechos. Esa creación de condiciones mínimas en materia de salud, educación, trabajo, igualdad de hombres y mujeres implicó muchos esfuerzos. Se trataba no de enumerar derechos como es el caso de las modernas constituciones latinoamericanas, sino de estructurar un tipo de sociedad que permitiera su realización. En esto no se fijan quienes critican ácidamente el régimen cubano: su historia refleja una dignidad pocas veces advertida en nuestros países, sus índices de progreso social y material son muy superiores, en cuanto a calidad y cantidad, que los que pueden ofrecer gobiernos con fachadas democráticas.

Y no pensamos que nada hay que cambiar. Tampoco lo piensan los juristas que aquí escriben. Pero ese cambio tiene que darse a partir de la propia realidad que ellos han construido, con ese ánimo y vitalidad que les son característicos, con la rigurosidad científica que han demostrado en muchos campos.

Los textos que a continuación presentamos a consideración de los lectores se enmarcan dentro del recorrido de la figura del control de constitucionalidad, considerado como un todo y de las propuestas que se hacen para su perfeccionamiento. El control constitucional de leyes, decretos y disposiciones generales, que es atribuido a la Asamblea Nacional y el control concreto por violaciones constitucionales de los derechos de las personas, para lo cual se han establecido múltiples vías legales y extralegales.

En "Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy", Julio Fernández Bulte, reclama la supremacía constitucional como requisito para la existencia del estado de derecho. El control constitucional tiene diversas acepciones, las cuales son objeto de reseña. Existen muchas corrientes, en la actualidad, que restan valor a la constitución. Por ello es necesario reafirmar su imperatividad.

Defender la constitución es lo mismo que defender el legado histórico, según el autor. De ahí que la defensa constitucional sea una realidad y una exigencia en la Cuba actual. Los numerosos cambios que se están produciendo, con la aparición de relaciones de producción privadas y de economía mixta, constituyen, a su manera de ver, peligros para el proyecto social cubano. Y este proyecto debe estar apuntalado en la preservación de valores fundamentales, a los cuales deben subordinarse las transformaciones.

Serafín Seriocha Fernández Pérez, en el artículo

"Cuba y el control constitucional en el Estado socialista de derecho: reflexiones para su perfeccionamiento", presenta, en la primera parte, una reseña de las formas de control constitucional en México, Estados Unidos, España, Yugoslavia y Nicaragua para extraer de los diferentes modelos, sus caracterizaciones específicas. En la segunda parte cita los antecedentes del control constitucional del período prerrevolucionario. En la tercera parte presenta la evolución del control constitucional desde la Constitución de 1976 y la reforma de 1992. En la cuarta y última parte, el autor realiza un esfuerzo de síntesis sobre los aspectos positivos de otros sistemas de control constitucional y del vigente en Cuba, para de allí elaborar una propuesta de vitalización del mismo.

El trabajo de Angel Rafael Mariño Castellanos, "El recurso de amparo y el tribunal constitucional cubano: necesidad y proyecto", presenta la evolución del tratamiento del sistema de garantías para la protección de los derechos humanos en Cuba, desde el período prerrevolucionario hasta ahora. Basados en el principio de asegurar la concreción de los derechos, a través de los cambios económicos, sociales, políticos y jurídicos, los gobernantes cubanos reafirmaron el régimen socialista, ya que a partir de su desarrollo se consideró asegurar el respeto por la dignidad humana. Pero en la práctica se ha demostrado que el avance material no fue suficiente por sí solo para cumplir esta meta.

Además, el gobierno revolucionario incorporó el modelo constitucional socialista pero no rescató en él los logros del constitucionalismo anterior a la Revolución, en especial los preceptos de la Constitución de 1940, que consagraban avances para la época. Para el autor el sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba contiene tres subsistemas: el subsistema de garantías jurisdiccionales, el subsistema de garantías no jurisdiccionales y un tercer sistema de garantías extralegales.

Como propuesta, urge la creación del Tribunal Constitucional, que no reemplazaría los subsistemas vigentes, pero añadiría a la función de garante mayor eficiencia en cuanto habría una mayor uniformidad, recurso para revisión de fallos de jueces ordinarios y una serie de ventajas, con la cual el autor cree se estaría mejorando la calidad del sistema de protección.

Angel Rafael Mariño Castellanos, en "El Ombudsman cubano: una propuesta", concreta en la parte primera de su trabajo la función estatal interna de crear una cultura de respeto, realización y protección de los derechos humanos, en una triple dimensión: el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades individuales y colectivos de manera inte-

gral e individual, lo cual conlleva una nivelación y desecha por tanto una jerarquización. Este reconocimiento debe ir acompañado de una labor educativa y divulgativa amplia; la creación de unas condiciones materiales que viabilicen la concreción de los derechos y la institucionalización de un sólido sistema de garantías, que vigile y haga efectivos los derechos.

En la parte segunda hace un recuento de la evolución de la figura del ombudsman, a partir de su creación, en el régimen escandinavo y su universalización después de la segunda guerra mundial, y presenta sus ventajas. En la tercera parte ofrece un panorama amplio de las ventajas que para el régimen jurídico cubano traería la incorporación de esta figura, la cual no reemplazaría las instituciones existentes sino que las reforzaría. A manera de propuesta, señala las funciones complementarias de esta figura respecto de la Fiscalía General de la República y las propias.

"Una propuesta más dentro de los mecanismos e instrumentos de protección y defensa de los derechos y libertades individuales en el proceso penal", de Vicente Arrans, destaca la importancia del establecimiento de métodos y mecanismos en el texto constitucional, que permitan al Estado proteger los derechos humanos. Señala el derecho que tienen los ciudadanos cubanos para realizar sus derechos y libertades individuales, y la obligación de velar, controlar y defender el ejercicio de estos derechos que pesa sobre la Asamblea Nacional del Poder Popular, el Consejo de Estado y el Consejo de Ministros. A la Fiscalía General de la República se le ha concedido de manera especial el control de la legalidad socialista, lo cual incluye el cumplimiento de la protección de los derechos humanos. El jurista recomienda el establecimiento del amparo, como institución fundamental de carácter procesal para la debida protección de derechos de las personas. La simplificación del proceso penal es una meta para lograr una rápida administración de justicia. En la parte final señala los eventos en los cuales procedería la concesión de este recurso.

En un trabajo conjunto, Angel Mariño Castellanos, Danelia Cutie Mustelier y Josefina López, "Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento", los autores resaltan la importancia de que subsiguiente al reconocimiento de los derechos humanos, se institucionalicen los instrumentos idóneos para su completa protección y realización; presentan y analizan las diferentes entidades jurídicas cubanas que existen en la actualidad y de allí parten para proponer reformas legislativas que doten de mayores poderes las instituciones vigentes sin tener que acudir a una reforma constitucional ni a la creación de un tribunal constitucional ni de la figura del ombudsman.

Marta Prieto Valdés, en "Garantías y defensa de los derechos fundamentales de la ciudadanía cubana", realiza una presentación y valoración de las diversas formas constitucionales de protección de los derechos humanos y de allí infiere que si bien existe una instrumentación jurídica, tanto en el orden constitucional como en el legislativo, es necesario corregir sus deficiencias. Su propuesta apunta a establecer dentro del Tribunal Supremo Popular, una Sala de Garantías Constitucionales, lo cual no hace necesaria una reforma constitucional.

"Algunas consideraciones del derecho de queja: su tratamiento teórico y doctrinal", de Carlos Villabella Armengol, Joyced Iglesias Pérez y Marianne Melián, es parte de una investigación que realizan para la Fiscalía Provincial. Los autores opinan que el derecho de queja es una valiosa opción ciudadana, que requiere de legislación que lo desarrolle y lo complemente. Asimismo, denotan la falta de articulación de las diferentes instancias que lo atienden y resuelven; presentan una evaluación histórica de esa institución en el constitucionalismo cubano y su importancia como derecho político, y establecen las relaciones del derecho de queja con figuras jurídicas como la discrecionalidad administrativa y el silencio administrativo.

Introducción

No hay manera de sobrestimar la trascendencia del momento cubano. Una transición forzada, un propósito de preservar lo mejor de sus 35 años de epopeya creativa interna y de solidaridad internacional, una búsqueda de instrumentos para la implantación de modalidades capitalistas mixtas que les permitan conciliar su pasado reciente con la inevitabilidad del capitalismo global.

La Constitución es ingrediente central en la definición del régimen cubano que se avecina. Las materias de que se ocupa, el sentido de tales materias, la guarda de la Constitución y hasta la forma y extensión misma de la norma fundamental son espejos que pretenden reflejar el orden que espera a la vuelta de la esquina. Para asegurar que la nación y el espejo que la refleja marchan al unísono, los cubanos se han tomado el tiempo necesario para proponer, discutir, consultar y reformar. La Asamblea Nacional Popular, los foros abiertos y las consultas o encuestas con la ciudadanía son espacios que emulan los procesos participativos que nutrieran las recientes constituciones de Brasil, Nicaragua o Colombia; pero de más genuino significado democrático por cuanto mayores y de más trascendencia son las opciones consultadas en el caso cubano.

Una de las opciones más críticas para la configuración del futuro régimen es el tipo de garantías que rodearán los derechos individuales que habrá de consagrar la nueva Constitución. Crítica es esta opción en tanto ella no puede erigirse en abolición de las garantías anteriores, las que fueron modelo de seguridad en la atención de las necesidades básicas, de creatividad en lo cultural, de tolerancia y convivencia dentro de la Isla. Sabido es que tales garantías llevaron a los cubanos a contar con algunos de los más altos índices de salud, nutrición y educación del mundo entero, ciertamente superiores a los de los demás países latinoamericanos y a los Estados Unidos. Menos conocido es que los llamados presos políticos, que los asesinados o desaparecidos por razones políticas, que los censurados por la ley o por la práctica no alcanzaron nunca las cifras absolutas ni las proporciones de los demás países del subcontinente o -nuevamente- de los Estados Unidos.

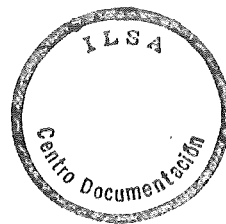
¡Entonces sí había garantías y, sobre todo, garantías eficaces! ¿Qué fuerzas, más allá de la presión internacional, mueven los cubanos a remplazar este modelo de garantías civiles, sociales y económicas, que no requería de salvaguar-

das formales de la Constitución, por un régimen fundamentalmente formal y abstracto como el que ha demostrado eficacia apenas relativa en el resto de los países del subcontinente? ¿Quién diría que es más efectivo el sistema de educación urbano-rural, de trabajo y formación, que montaron los cubanos ante los ojos envidiosos y acusatorios del capitalismo de los años sesenta y setenta que una norma constitucional que garantice la educación básica, como la imperante en todas las cartas fundamentales de los países de la región pero que constituye letra muerta para 10, 20, 30, 40 o hasta 50% de la población en edad escolar?

¿De qué valen a los negros estadounidenses las garantías constitucionales que les aseguran libertad e igualdad abstractas si todavía están condenados a poblar las cárceles o a morir tempranamente en medio de la pasmosa inseguridad de las urbes de ese país? ¿O para los colombianos, acostumbrados como estamos a convivir pasivamente con una enorme brecha entre Constitución y ley, de un lado (y prolijo y complejo es el andamiaje constituido por esas leyes), y realidad cotidiana, del otro? Y no es que los colombianos no tengamos separación de poderes, derechos de todas las generaciones o control constitucional de todos los tipos. Desde los años de la Revolución Francesa hemos adoptado uno por uno los más avanzados mecanismos y las más sofisticadas figuras jurídicas conocidas en el mundo occidental. Mientras todo esto hacíamos, los cubanos adoptaban políticas sociales eficaces, creaban cultura de solidaridad, introducían el principio del tratamiento desigual a situaciones desiguales, confiaban en la discrecionalidad de sus funcionarios y de sus habitantes, permitían discernir entre una situación y otra en el terreno de lo concreto, se liberaban del elemental silogismo jurídico que -a la manera de la elemental y desprestigiada lógica aristotélico-tomista- se limita a confrontar la norma universal con la situación particular.

Esta revista refleja algunas de las consideraciones lógicas y ciertas de los acontecimientos históricos que llevan a los cubanos a aproximarse a una constitución liberal ordinaria. Es una revista de ellos mismos, para ellos y para testimonio de la dureza de una transición encadenada por determinantes que les son externos. Ojalá todos comprendan, pragmáticamente que la transición les es impuesta. Llor a ellos por su innovación histórica deliberada, por su resistencia pertinaz a la adopción de un capitalismo violento. Gratitud a ellos por su legado y modesta retribución en forma de solidaridad para que el penoso camino que iniciaron hace cuatro años concluya en la armonía interna que prevaleció en la Isla durante más de tres décadas.

Fernando Rojas H.
Presidente ILSA



Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy

Julio Fernández Bulte

Profesor titular, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

Introducción

En medio de la diversidad de constituciones jurídicas, a pesar de las notables diferencias que se puedan observar en su estructura y fundamentos políticos e ideológicos -que ha hecho decir a algún autor que el "derecho constitucional es el derecho político de lo particular"¹-, suelen admitirse algunos principios o dogmas de mayor o menor generalización. De esos principios, sin duda el que goza de mayor unanimidad es el conocido como supremacía constitucional.

Según ese principio universalmente admitido, la Constitución, en tanto norma fundamental, es norma suprema².

No importa que los fundamentos de esta supremacía

1 Pedro Sagues, Néstor. "Crisis de la supremacía constitucional", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. vol. 46, Nº 1, 2 y 3, enero-dic. 1986, Lima, Perú. págs. 15 ss.

2 El carácter de norma suprema de la Constitución es principio hoy día incuestionado. No depende de un simple discurso jurídico-formal sino de la valoración de la esencia política de la Constitución y de su imperio sobre toda la sociedad y sobre los poderes constituidos.

Este principio tiene imperio incluso en países que, como Inglaterra, dependen de la Constitución, especialmente consuetudinaria y, por tanto, es muy flexible e inorgánica. En esas condiciones salta a la vista que algunas leyes gozan de una fuerza especial, como por ejemplo el Acta de Habeas Corpus o el Estatuto de Westminster o la Ley de Establecimiento.

no sean unánimes. Para alguna doctrina, descansa en el contenido de las constituciones, en tanto ordenadoras del Estado y del resto de la norma jurídica hacia abajo; para otras posiciones doctrinales, la supremacía deriva del órgano constituyente, supuestamente representante máximo y lo más directo posible del pueblo soberano, cual lo entendiera Rousseau. Una tercera posición hace descansar la supremacía en la concepción lógico-formal de raigambre kelseniana. Pero lo importante es la unanimidad en cuanto a la necesaria supremacía constitucional. Hay que decir que aún en los países de constitución muy flexible, inorgánica o semiconsuetudinaria, esa supremacía constitucional ni se renuncia ni se elimina en la práctica político-jurídica.

Sin embargo, todos los juristas y politólogos contemporáneos advierten con dolor el creciente desmonte práctico de esa supremacía constitucional. El viejo dogma va quedando reducido, dramáticamente, a los predios académicos y a la desvalida letra de las cartas magnas y sus legislaciones subsecuentes, pero la Ley Suprema cada vez es menos suprema; cada vez es más flanqueada o burlada directamente.

La indagación de las formas de supresión o debilitamiento de la primacía constitucional revela cada vez formas más sutiles y también procedimientos más grotescos, todos realizándose de consuno. Las constituciones son flanqueadas por las interpretaciones judiciales arbitrarias que incluso asumen pretensiones doctrinales: se habla de la interpretación mutativa de la Constitución o del uso alternativo del derecho. Los poderes constituidos se alzan cada vez más abiertamente contra el constituyente y su creación jurídica superior; los mecanismos de control se desnaturalizan o se suprimen francamente; el alzamiento de los poderes constituidos contra la Constitución tiene todo género de matices: va desde el olvido candoroso del texto magno, pasando por la anomia de espacios sociales y políticos sobre los cuales la Constitución determinó principios y dejó su detalle a las "leyes complementarias", pasando también por la supresión o insuficiencia de los mecanismos de control, hasta llegar a las acciones extremas, bien conocidas, como son por ejemplo las demasiado frecuentes situaciones de estados de excepción o de emergencia, donde suele perder sus últimos atributos el texto magno.

En los últimos meses hemos presenciado desoladoras situaciones; virtuales golpes de estado, aunque algunos medios políticos y de prensa hayan acudido a calificativos edulcorados. Fujimori protagonizó un golpe de estado en Perú; y en Rusia se habla del fallido golpe contra Gorbachov, pero se silencia el golpe dado por Yeltsin contra la Constitución, y no sólo contra el Parlamento.

Defender la supremacía constitucional bien merece un interrogante inicial: ¿Hay en esa intención un cierto conservadurismo formal, jurídico, constitucional? Algunos, que suelen calificarse de "políticos prácticos", se encogen de hombros ante los textos constitucionales y a sus defensores los llaman conservadores, formalistas, tecnicistas o atacados de fiebre jurídica.

Valdría la pena recordar que la supremacía constitucional envuelve muchos significados, pero de ellos al menos dos no pueden ser olvidados: la supremacía constitucional tiene que entenderse, a fortiori, como supremacía normativa y como supremacía político-ideológica. En este último sentido, la supremacía constitucional desempeña el rol de conservación del sistema socio-político, de las relaciones económicas consagradas.

En razón de ello, la supremacía constitucional se torna, sobre todo, testamento político del poder constituyente y garantía de su orientación. En países donde el sistema es el resultado de profundas transformaciones revolucionarias, como el nuestro, la supremacía constitucional está indisolublemente vinculada a la voluntad revolucionaria, a su testamento político. Los que hablan un lenguaje excesivamente pragmático suelen eludir este ángulo esencial del problema.

Por demás, los peligros que se ciernen sobre una Constitución son múltiples y diversos. En esencia se derivan siempre, en última instancia, de las endiabladas contradicciones económicas, sociales y políticas. Después se traducen en teoría y prácticas, con mayor o menor carga de rigor científico. Siempre tienen un hondo contenido político. Esos peligros, precisamente por su carácter multifacético, suelen venir de muchos sectores sociales, pero en recia verdad que revelan las ciencias sociales, se expresan con más fuerza en los órganos de poder constituido. Es el aludido alzamiento de los poderes constituidos contra el constituyente.

De tal modo, el tratamiento de las defensas constitucionales es siempre un tema espinoso. Es espinoso técnica y políticamente. No puede ser reducido a fórmulas dogmáticas. En su comprensión es preciso la pupila científica y el carácter partidista de las posiciones teóricas. Envuelve siempre, quiérase o no, el problema del aseguramiento de la legalidad, la legitimidad y el testamento histórico del constituyente.

En Cuba, en las actuales circunstancias históricas, se hace acuciante reflexionar sobre el tema. Se hace imposterizable asegurar la defensa constitucional. Algunos, claman por flexibilidad y tratan al texto magno de viejo obsoleto que reflejó sólo un momento fundamentalista de nuestra febril obra política. Otros pensamos que en este texto está la herencia política de lo más puro y fructífero de nuestra historia.

Tenemos que mejorarlo y adecuarlo, pero en sus límites y sin violarlo. Defender la Constitución es, ahora, defender el legado histórico. No puede haber en ello ni vacilaciones ni ingenuidades. No es posible confundir la lucha por lo que hemos llamado nuestra "utopía", con la ridícula candidez que hace vulnerables nuestras mejores trincheras de legalidad y justicia, ante cualquier impulso nacido de intereses que hoy no pueden ser ignorados, o también, de la incapacidad de la ineficiencia.

I. Los sistemas de defensa constitucional

Quizás no sea superfluo echar un simple vistazo a los conocidos sistemas de defensa de la Constitución. Ahora se pretende sólo verlos en sus elementos justificativos y funcionales básicos. Posteriormente será oportuno analizar su eficiencia, virtualidad y peligros, para poder entonces apreciar qué puede asumir nuestro país en las actuales circunstancias de esa experiencia jurídica y doctrinal.

La mayoría de los autores hablan de dos sistemas de control de constitucionalidad; el conocido como difuso o *judicial review* y el concentrado o austriaco-kelseniano. Otros autores hablan de esos dos y agregan, además, el que se llama mixto y el múltiple³; Aún se encontrarán autores como Ramón Infiesta que menciona una clasificación de sistemas de control judicial y control político.⁴

Por supuesto, unos y otros han pretendido el control de la constitucionalidad y, con ello, la verdadera supremacía jurídica y político-ideológica de la Constitución, partiendo de que este principio no puede quedar a la buena voluntad de los operadores constitucionales⁵, ni puede difuminarse de la forma vaga en que lo hacía la Constitución griega de 1927 que declaraba, con inflamada ingenuidad, que "la guarda de la Constitución está confiada al patriotismo de los helenos".⁶

El primer sistema, el conocido como difuso o inspirado en el *judicial review*, surge, como es bien conocido, en los

3 Esta clasificación es propuesta, entre otros, por Rodolfo Piza Rocafort, en su trabajo sobre la "Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las constituciones de Europa y de América Latina, Cuadernos CAPEL # 23, Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, págs. 55 y ss.

4 Ver Ramón Infiesta, *Derecho Constitucional*, Imprenta P. Fernández y Cía., La Habana, 1950.

5 En el aparato conceptual constitucional contemporáneo suelen denominarse operadores constitucionales todos aquellos órganos y funcionarios del poder constituido que tienen la misión de operar con la Constitución, esto es, hacerla valer directa o indirectamente, tanto desde una posición ejecutiva como legislativa.

6 Citado por Ramón Infiesta, *op. cit.*, pág. 57.

Estados Unidos, mediante la famosísima sentencia dictada por el juez John Marshall, presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Marbury vs. Madison*.⁷

Todos convienen en que antes había habido antecedentes de control constitucional. Se citan incluso algunas sentencias de Tribunales de los Estados Unidos que habían rondado la noción de que la Constitución debe prevalecer, siempre, ante cualquier ley u otra disposición jurídica; incluso se sabe que también Croke en Inglaterra había sostenido que las leyes del Parlamento británico estaban sujetas al *Common Law* y a los *Bill of Rights*, pero ciertamente la Sentencia Marshall marca una época y establece una doctrina, al punto de que no ha faltado quien afirme que "esta sentencia dio nacimiento al derecho constitucional. Antes de ella, había teoría constitucional, mas no derecho."⁸

Aquella sentencia sentó el principio del control difuso, es decir, que todo juez o tribunal, al dictar sentencia en cualquier caso sometido a su conocimiento, debe hacer prevalecer la Constitución sobre la Ley o cualquier otra norma jurídica, y sobre cualquier acto ejecutivo que contrarie la Carta Magna.

En la conocidísima sentencia Marshall decía claramente:

"... Si los Tribunales deben respetar la Constitución y la

7 El conocido caso *Marbury Vs. Madison* se origina cuando el presidente Adams, que entregaba el poder el 3 de marzo de 1801, amparado en una Ley del Congreso de Estados Unidos, designó 23 jueces de paz. El nuevo presidente electo, Thomas Jefferson, al tomar posesión advirtió que aún no se habían entregado los nombramientos y anuló cuatro de ellos. Entonces, uno de los jueces afectados, Mr. Marbury, pidió al Tribunal Supremo que ordenara a Madison, Secretario de Estado, que al amparo de la Judiciary Act de 1789 se le entregara su nombramiento. Entonces el juez John Marshall redactó la ponencia que se convirtió en Sentencia de 24 de febrero de 1803 en la que se declara la doctrina que la Constitución debe primar sobre cualquier otra norma jurídica y, en consecuencia, anuló la Judiciary Act de 1789. +En esa Sentencia se leen razonamientos como los siguientes: "Los poderes de la legislatura son definidos y limitados, y para que estos límites no sean confundidos u olvidados, la Constitución es escrita. Por qué esos poderes serían limitados y por qué estos límites serían consignados en un escrito, si ellos pudieran ser, en todo momento, traspasados por aquellos mismos que se ha tenido la intención de contener" ... "todos aquellos que han elaborado las constituciones escritas, las contemplaron como formando parte de la ley fundamental y suprema de la Nación y, consecuentemente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe ser que una ley de la Legislatura repugnante a la Constitución es nula".

8 Piza Rocafort, Rodolfo, art. cit., pág. 75.

Constitución es superior a cualquier acto ordinario del poder legislativo, la Constitución y no las normas legislativas deben regular un caso de litigio en que estas dos normas podrían ser aplicables..."⁹

Este principio de control constitucional que difumina la observancia de la constitución en la labor de todos los Tribunales tuvo de inmediato seguidores y adherentes. En Argentina, ya a finales de siglo pasado se habían declarado inconstitucionales varias leyes. En México el principio fue adoptado también, de alguna forma, bajo el proceso del Amparo del cual diremos algo más adelante. En Costa Rica el modelo se adopta a partir de 1938. Es justo decir que ese procedimiento o modelo, aun con otros nombres, ha tenido gran extensión ulterior en América Latina; también se ha seguido en Japón, varios países escandinavos, Suiza, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y la mayoría de las excolonias británicas.

Bueno sería decir desde ahora que según el modelo Marshall puro, una declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo tendría el efecto de lograr su inaplicabilidad en el caso controvertido, pero no podría, en técnica pura, establecer su nulidad absoluta, es decir, no alcanzaría lo que se suele llamar una inconstitucionalidad *erga omnes*¹⁰. Sin embargo, también es justo consignar que en los países del sistema de *Common Law*, el *stare decisis* que rige, hace que una sentencia de nulidad para un caso vincule, como precedente judicial inescusable, a todos los tribunales inferiores, con lo cual se suele conseguir, por esa vía, una inaplicabilidad *erga omnes*.

El otro sistema opuesto, conocido como concentrado y que Ramón Infiesta califica de sistema político de defensa constitucional, en tanto Garcerán de Vall llamó político-jurisdiccionalista, es el establecido por Hans Kelsen en la Constitución austriaca de 1920, reformada el 7 de diciembre de 1929. En este sistema se trata de evitar que la supremacía constitucional dependa de los tribunales en general porque, siendo como es, esencialmente una cuestión política más que jurídica, se correría el riesgo de que los puntos de vista políticos permearan y enfermaran la administración de justicia, para evitar lo cual, la defensa constitucional se pone en manos de un órgano de carácter más político que jurídico, se concentra en ese órgano y se depura de formalidades jurídicas.

9 *Idem.*

10 Vocablo latino que se traduce como entre todos los hombres y que alude a que la declaración de una sentencia anulatoria de una disposición contraria a la Constitución supone la derogación de la primera, su anulación general y, por lo tanto, su inaplicabilidad en absoluto.

Schmitt decía ya en su Teoría de la Constitución que, de lo contrario, "... existe el peligro de que, en lugar de llevar el derecho político a la política, se lleve la política a la justicia, socavando su autoridad." ¹¹

Según la Constitución kelseniana de 1920, el Tribunal de Constitucionalidad estaba compuesto por catorce miembros; un presidente, un vicepresidente, y dos magistrados, más seis suplentes. Todos eran nombrados por el Presidente de la República, pero a propuesta del Gobierno, del Consejo Nacional y del Consejo de Países y Profesionales, y todos debían ser graduados en derecho y en ciencias políticas, con más de diez años de ejercicio en ambas profesiones.

Ese sistema concentrado o político tuvo inmediata resonancia en la Constitución española de 1931. Posteriormente el modelo se mantuvo en Austria y se extendió, con uno que otro matiz, a Alemania, Italia, España, Portugal, en Francia en alguna medida con el Consejo Constitucional, Polonia y Yugoslavia. En América Latina, Perú y Guatemala tienen Tribunales Constitucionales puros, según el modelo austriaco; en Chile lo hubo durante tres años.

Como antes se dijo, se habla también de los modelos mixto y múltiple. Se conoce como mixto el sistema en que el control de la constitucionalidad descansa en un órgano que concentra esa facultad, pero ese órgano es precisamente uno del llamado poder judicial, usualmente su órgano supremo. Este es el sistema que advertimos en países como Colombia, Costa Rica, Honduras, Venezuela y Uruguay.

Lo interesante en este modelo es que la inconstitucionalidad se declara a instancia de parte, en un caso concreto, pero alcanza la nulidad o derogatoria total, *erga omnes*, del acto o norma impugnada, salvo el caso especial de Uruguay.

El llamado modelo múltiple es en realidad más que una yuxtaposición de los básicos concentrado y difuso, la aplicación de consuno de ambos mecanismos, en tanto cada tribunal está obligado a aplicar la Constitución sobre la ley que la contravenga, en todo caso que le sea sometido, y además se dispone de un Tribunal Constitucional que concentra los recursos contra actos o normativas anticonstitucionales. Normalmente, en su labor jurisdiccional ordinaria los tribunales aplican la Constitución pero no derogan la norma contradictoria a ésta, lo cual queda exclusivamente en mano del Tribunal de Constitucionalidad. Este sistema sumamente celoso de la primacía constitucional es el que se encuentra en Perú y Guatemala.

11 Schmitt, *Teoría de la Constitución*, págs. 138-139. Citado por Ramón Infiesta, *op. cit.*, pág. 55.

II. Ventajas y defectos de los modelos de control constitucional

La polémica en torno a las ventajas y defectos de cada uno de los sistemas de control constitucional enunciados remonta ya casi un siglo, y en consecuencia se han acumulado los golpes y contragolpes teóricos, las argumentaciones y las refutaciones, en medida casi interminable. De tal manera que es riesgoso perderse en el laberinto de esa polémica. Para evitarlo se ha pretendido únicamente sintetizar y generalizar los argumentos más señeros en favor y en contra de cada mecanismo. Al hacerlo se peca, sin duda, de falta de detalle. No se pretende un análisis exhaustivo sino la aludida generalización y síntesis.

En relación con el sistema difuso se han argumentado dos grandes objeciones, una que podríamos calificar de teórica, conceptual, y otra, funcional o práctica.

La principal objeción conceptual gira en torno al extraordinario poder que adquieren, en el mecanismo estatal, los órganos jurisdiccionales y particularmente el máximo de ellos. En este sentido, alguien en la segunda década de este siglo llegó a decir que el Estado norteamericano era el "gobierno de los jueces". En este mismo sentido De Tocqueville pudo decir que "El Tribunal Supremo está situado en un lugar más alto que el que ocupa cualquier otro tribunal conocido ...", refiriéndose, por supuesto, al Tribunal Supremo norteamericano. Y agregaba, " ... La paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión están en las manos de los siete [hoy son nueve. Nota del autor] jueces federales."¹²

En este sentido significa que los órganos jurisdiccionales pueden de esta manera colocarse sobre el órgano legislativo y devenir depositarios casi exclusivos del testamento o la voluntad política expresados en la Constitución.

Se alude también, como lo hiciera Schmitt, a que en ese sistema se corre el riesgo de que el alto contenido político de las normas constitucionales conduzcan a la "politización" de los tribunales y, lejos de depurarse jurídicamente su acción jurisprudencial, se empañe con consideraciones políticas ajenas a la recta interpretación jurídica.

Desde el punto de vista operativo funcional, la amarga experiencia, muy reiterada, de los vicios de aplicación del sistema difuso ha llevado a muchos a cierto escepticismo en cuanto a la verdadera capacidad y voluntad política de los tribunales para hacer valer la constitución. No es posible olvidar que los conflictos se suelen expresar no en el plano lógico-formal en que lo pretendiera encerrar Kelsen, sino como colisión de intereses políticos; ordinariamente como colisión entre la voluntad política del legislativo o el ejecutivo y la

12 Citado por Piza Rocafort, Rodolfo, art. cit., pág. 77.

letra y el espíritu de la Constitución. Por ello hombres como Cappeletti se muestran muy pesimistas. Afirman que los siglos de pusilanimidad y timidez de los tribunales no los hace muy confiables en el punto de imponer la Constitución contra viento y marea. A veces la experiencia revela que no es preciso enfrentarlos a tales vientos y mareas, sino que un simple aire sencillo suele hacer cambiar sus rumbos políticos. Como dijera en ese sentido el ya citado Piza Rocafort, "nuestros jueces, educados para aplicar las leyes, tienen poca capacidad para juzgarlas desde la perspectiva constitucional."¹³

A estos argumentos quisiera agregar otros más dramáticos, que se corresponden con la dolorosa realidad jurídica de parte de nuestra América. Me refiero a la existencia abundante de disposiciones legislativas y ejecutivas que, contra todo sentido de legitimidad, y pisoteando las más elementales consideraciones sobre el llamado estado de derecho son dictadas y existen aplicándose incluso prolíferamente, bajo total secreto, en aras del manido concepto de la seguridad nacional. Este es, por supuesto, el más flagrante abandono del principio de supremacía constitucional.

El trabajo legislativo secreto alcanza tres estadios bien nítidos:

- a) sesión secreta del órgano legislativo;
- b) no publicación de los debates y
- c) no publicación de la ley producida y, por tanto, total imposibilidad de que se pueda juzgar sobre su constitucionalidad, e incluso sobre su legitimidad.¹⁴

Y no se piense que me estoy refiriendo a situaciones muy excepcionales. Algunos datos estadísticos deben resultar sobrecogedores; en Argentina, por ejemplo, donde con más fuerza se ha presentado esta situación, pero no el único caso, a partir de la sanción "silenciosa" de la Ley 2802 en 1891, han sido aprobadas hasta 1983, leyes "secretas". Es decir, que en 92 años, bajo regímenes de facto, pero también bajo supuestos regímenes constitucionales, de 23000 leyes dictadas, el 0.7% son absolutamente secretas.¹⁵

Hay todavía otra objeción al sistema difuso: que en su sentido más puro una sentencia que impone la Constitución sobre un acto legislativo o ejecutivo, no tiene valor *erga omnes* y, por tanto, no anula esos actos o disposiciones incons-

13 *Ibíd.*, pág. 79.

14 Se puede ver al respecto a Salvador María Lozada, Julio J. Viaggio, Carlos Zamorano y Eduardo S. Barcesat, en *Inseguridad y desnacionalización. La "doctrina de la seguridad nacional"*, Edición Derechos del Hombre, Argentina, 1985.

15 *Ibíd.*

titucionales y deja latente la agresión en su expresión general, obligando en ocasiones a un verdadero desgaste judicial cuando se tiene que repetir la acción contra el acto inconstitucional.

Por su parte el modelo concentrado o austríaco-kelseniano ha sido atacado también desde la izquierda y desde la derecha.

Desde la derecha se ha esgrimido que un tribunal político de constitucionalidad deviene en una fisura en el templo augusto de la tripartición de poderes. De hecho se trata de una suerte de cuarto poder, pero de un poder que, declarándose depositario de la supremacía constitucional, se convierte en una suerte de arcángel mayor que se impone, no se diga ya contra el ejecutivo sino incluso contra la casi intocable representatividad del legislativo. Por demás, como en todas las experiencias jurídicas concretas ese Tribunal Constitucional es designado, y no electo, ello le convierte en el quebrantamiento de las bases dogmáticas del sistema representativo.

Desde la izquierda, aunque con matices semejantes, se ha argumentado que ese tribunal político constitucional suele caer en manos del ejecutivo de forma que en el juego de intereses de los operadores constitucionales, es indefectible que se pliegue a los intereses de los operadores ejecutivos, con menoscabo del órgano legislativo que es, o debe ser al menos, por definición representativo.

Ni qué decir que estos argumentos valen, potenciados, para impugnar o señalar defectos doctrinales y funcionales al llamado sistema mixto y también al sistema múltiple en los cuales, por su carácter, se conjugan y repiten los rasgos positivos y negativos de los dos sistemas matrices.

III. La defensa constitucional en Cuba, realidad y exigencia

En Cuba dispusimos, según la Constitución de 1940, del sistema de defensa constitucional que pudiéramos calificar de mixto según clasificación ya enunciada, al adoptarse en aquella Constitución la defensa constitucional a través del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, instituido por el párrafo 2 del art. 172 de aquella Carta Magna, y que era parte del Tribunal Supremo integrando una de sus Salas, sin dudas la más importante.

Sin embargo, por imperio expreso del art. 194, en sus párrafos 8, 9 y 10, las sentencias declarando la inconstitucionalidad de algún precepto tenían efecto *erga omnie*, es decir, no podían ser aplicadas por ninguna otra autoridad.

En este último sentido la historia constitucional del país registró idas y vueltas: La Constitución de 1901 admitía la inconstitucionalidad sólo caso a caso; la ley de 17 de marzo de 1922 estableció que cuando el Supremo declarare más de dos veces la inconstitucionalidad de una disposición legal, la autori-

dad que la hubiere dictado tenía que abrogarla; la ley constitucional de febrero de 1934 avanzó hacia la inconstitucionalidad *erga omnie*; igual posición se mantuvo en la Ley Constitucional de 1935 y, esa fue la situación desde la Constitución de 1940.

Al amparo de nuestra 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 de Europa Oriental, en gran medida se hace descansar la defensa, no sólo de la Constitución, sino de toda la legalidad, en la Fiscalía General de la República, como lo había hecho el constitucionalismo soviético con la Procuraduría.

Sin embargo, justo es consignarlo, la defensa constitucional difusa es poco casual, poco enérgica, no se ve cómo alcanza imperio *erga omnie*. La defensa constitucional de la Fiscalía es difícil, desprovista de mecanismos eficaces de autoridad, casi tiene que rogarse en cada caso, a través de los innumerables vericuetos de la burocracia administrativa.

Y se está ahora en momentos especiales. Las contradicciones económicas, sociales y políticas son de naturaleza diferente a las que eran hace apenas un lustro; los desafíos son gigantescos y las dudas se abren en la mente de muchos. Surgen las posiciones y se polarizan criterios que responden, de una u otra manera, a las contradicciones esenciales de nuestra sociedad y que, como todo sistema de contradicciones, pueden impulsarla hacia adelante, hacia sus fines raigales e históricos, o pueden tirar de ella hacia atrás, hacia su desvirtuación esencial.

Para muchos, el discurso toma tonos burgueses, conocidos, repetidos, oídos y cargados de un significado que la memoria histórica no puede desechar, pese a que se tiñan con los afeites de una retórica supuestamente socialista o revolucionaria.

Son los que dejan ver, en sus esencias, el mismo discurso de la izquierda hegeliana que estuvo presente en la conferencia de Fernando Lasalle de 1862.¹⁶

En una vertiente de ese discurso la supuesta praxis revolucionaria debe anteponerse a los supuestos mecanismos formales del imperio de la Constitución. Como en su día dijera Lasalle, para ellos la Constitución es una simple hoja de papel que debe someterse a la dinámica de sus operadores.

En ese mismo discurso salta enseguida la tendencia

16 Schipani, Sandro, "Defensa jurisdiccional de los derechos humanos" y 'Poder negativo', en *Constitucionalismo latino y liberalismo*, Universidad Externado de Colombia, 1990, pág. 15 y ss.

represiva, antilegalista, antijurídica. Algunos llegan a enco-gerse de hombros ante el valor político y ético del estado de derecho. La supuesta defensa de la Revolución, como una encarnación inasible, inefable, lo justifica todo.

Este discurso merece una reflexión seria y rigurosa.

Ante todo, es preciso recordar algo que ya expusi-mos: la Constitución no es sólo un referente jurídico-formal, es además y por sobre todo un referente, un techo político-ideológi-co. Como tal vertebra y consagra al sistema. Es, en ese sentido, el testamento político del constituyente, lo cual significa que es el testamento político de los fundadores del sistema.

Cuando la Revolución está en peligro -y esto ha sido enfatizado por la más alta dirección del país- se hace más imperativo sostener ese testamento político y su techo políti-co-ideológico, que podría sintetizarse en el ideario de sobera-nía y justicia social que plásticamente señalara Martí, con su frase de que la Ley primera de la república debe ser el culto a la dignidad plena del hombre.

En nuestros contextos ideológicos, y en el legado histórico del que somos portadores, no hay lugar para leyes de impunidad ni obediencia debida: nos rigen los sagrados princi-pios consagrados, precisamente, en la carta Magna.

Siempre, y hoy más que nunca, defender la Constitu-ción es defender la Revolución.

En las condiciones económicas actuales las acechan-zas al espíritu y la letra de nuestra Constitución son mucho mayores; sólo que los que se empeñan en actuar como el avestruz podrían negar esos peligros.

La introducción de un sector económico que se reali-za mediante mecanismos de mercado, que adquiere un papel muy dinámico en nuestro contexto económico global y que actúa y genera relaciones de producción de tipo privado, capi-talista; la economía mixta en general, la misma economía cooperativizada, que ya tiene presencia y puede adquirir mu-cho más; la introducción incluso en sectores económicos esta-tales de las leyes de mercado con sus exigencias no siempre conciliadas con el ideal socialista, son otros tantos gérmenes de peligro para el proyecto social cubano. La dirección del país no es ajena a esa situación y en medio de enormes dificultades trata de mantener nuestros rumbos y proyecciones. Sin em-bargo, no tomar en cuenta estos hechos económicos y sus manifestaciones sociales y hasta éticas, sería una inadmisibles ingenuidad. Son, sin duda, sectores y espacios de acechanza al proyecto político-social plasmado constitucionalmente.

Los requerimientos de eficiencia económica, abso-lutamente necesarios para hacer viable el proceso revolucio-nario, no pueden hacer perder de vista que la Revolución

requiere sobre todo, para asegurar su perdurabilidad y viabi-lidad política y para ser leal a sus orígenes, naturaleza y proyección, la preservación de determinados valores que tie-nen que imponerse también en la gestión económica, tanto para cubanos de la esfera estatal, cuanto para la parte extran-jera en las empresas mixtas.

La lógica y las leyes del mercado promueven su pro-pia escala de valores, y en pos de su eficiencia, primer valor casi inapelable, se inclina por soluciones de choque a las cuales hemos rehusado sumarnos, por nuestra opción socialis-ta. Hay que advertir que ahora más que nunca pueden resur-gir y cobrar matices especiales criterios discriminatorios en la actividad laboral, consideraciones no humanistas y ajenas al socialismo en toda la economía, etc. La Constitución es, enton-ces, la brújula de nuestros rumbos y no puede temblar ningun-a mano en imponerla como ley primera de nuestra plena dignidad y síntesis de nuestro pasado y nuestra proyección. Otras actitudes al respecto podrían asegurar éxitos económi-cos circunstanciales, pero empañarían la viabilidad del pro-yecto político y serían, finalmente, victorias pírricas.

Los difíciles momentos porque atraviesa el país hace difícil la unanimidad de estrategias y tácticas en todos los operadores constitucionales, aun cuando admitiéramos por ficción política que todos están inspirados en los ideales más puros. Algunos se apresuran a obtener resultados inmediatos mediante fórmulas de endurecimiento político que enajenan a las grandes masas de su papel protagónico en la Revolución, por demás única garantía de su éxito. En esa misma dirección no dejan de abrirse paso criterios subestimativos del papel de las masas. En relación con los valores de convivencia social, con los derechos civiles y políticos y las garantías de la liber-tad, algunos magnifican o distorsionan las circunstancias difíciles por las que atravesamos para sustanciar teorías res-trictivas y pragmáticas.

Sin embargo, la Historia revela que los hechos tienen una lectura totalmente diferente; cuánto mayores dificultades, más preciso es ampliar el marco de la participación social, fortale-cer la democracia y asegurar al límite posible los derechos funda-mentales. Sumar a las dificultades económicas la desazón de la inseguridad es atentar contra las bases mismas del proceso.

Son todas razones que aconsejan a gritos ser más cuidadosos y severos que nunca en la defensa constitucional.

Cuál sería el mejor modelo es algo sobre lo cual se puede y debe reflexionar, pero siempre a partir de la convicción de que hay que avanzar más y sin pacatos temores en esa defensa.

De cualquier modo, hoy resuenan con más fuerza que nunca las advertencias de Lenin acerca de la protección de la

legalidad socialista. No se puede olvidar que sin subestimar todos los instrumentos al respecto, enfatizó más de una vez que esa legalidad se alcanzaría plenamente sólo cuando se convirtiera en bandera en manos de millones de hombres y mujeres del pueblo.

Bastaría esa enseñanza para advertir que, sin menoscabo de la acción de nuestra Fiscalía, por muy encomiable que ella sea, está claro que la defensa de la Constitución no se puede escamotear a la fiscalización popular. Si no perdemos de vista que en el texto constitucional y en su espíritu están la virtud y la esencia misma de nuestra sociedad, queda claro que a toda ella corresponde, antes que a nadie, la tutela enérgica y directa de la Constitución.

Cómo lograrlo son cuestiones sobre las que se debe pensar mucho y practicar variables, pero dudarle puede ser criminal.

En momentos difíciles hay que inclinarse, sin dudas, por soluciones extremas. Lo extremo es precisamente extremar la defensa constitucional frente a todos los embates de la sociedad contradictoria y de sus operadores.

En ese sentido no hay que vacilar en propugnar la adhesión del criterio múltiple, esto es, la concurrencia de diferentes y concordantes mecanismos de defensa. Ante todo, se debe formalizar más y enfatizar el control difuso. En este sentido no puede descansarse en alertar a todos los tribunales acerca de que en su misión jurisprudencial primero que todo tienen que tener una alerta pupila constitucional y un escudo impenetrable contra cualquier disposición o acto que transgreda la letra o el espíritu de la Carta Fundamental.

Sin embargo, una garantía inobjetable es la introducción del Recurso de Amparo, que tiene tradición latina y ha revelado su efectividad en varios países, especialmente de nuestra América. Al respecto no es necesario aclarar que el Amparo no puede confundirse con el *habeas corpus*, puesto que tienen un alcance y un objetivo mucho más lato, encaminado no exclusivamente a la protección de la vida y la integridad física, sino total de los derechos fundamentales, que es tanto como decir el total de los derechos humanos. Bastaría agregar que la doctrina más seria va ganando unanimidad en el sentido que, sin disponer de un recurso como el Amparo, la declaración constitucional y legal de los derechos fundamentales puede devenir en simple declamación, algo así como campana sin badajo de que hablara Ihering. Pero, no me extendiendo en reflexiones sobre este particular porque no es el objeto de esta sintética ponencia y porque, además, sobre él entrarán en consideraciones otros profesores de nuestra Facultad de derecho.

En torno a la defensa múltiple, garantizo firmemente

un tipo de recurso, de resultados *erga omnis*, que puede estar en manos de la Asamblea Nacional del Poder Popular y particularmente de su Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos. Este tipo de recurso, sin dudas más político que jurídico, aunque sin perder este último carácter, puede solventar los peligros ya apuntados a la defensa constitucional jurisdiccional.

No se podría objetar con demasiado rigor que él mismo significaría colocar la defensa constitucional en manos del legislativo, porque, en pureza, nuestro sistema político cameral o de asamblea centralizadora deja fuera de dudas que en esa Asamblea Nacional, está no sólo la función legislativa ordinaria sino el centro de poder político-estatal y también por expresa declaración constitucional, la exclusiva facultad constituyente.

En resumen, en las actuales condiciones, especialmente difíciles y llenas de acechanzas a nuestro proyecto político-social plasmado en la Constitución, es más indeclinable que nunca extremar los mecanismos para su defensa. En razón de ello, me pronuncio sin titubeos por la implementación de un sistema múltiple, que suponga, de un lado, el control difuso aumentado y rigurosamente practicado, la inclusión del recurso de amparo, el recurso de inconstitucionalidad centrado en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional, y también la posibilidad de recurrir por la vía jurisdiccional ordinaria hasta el Tribunal Supremo cuando en una declaratoria de inconstitucionalidad, se involucra la administración de justicia, en cuyo caso, ante una sentencia de ese alto Tribunal se podría analizar si la misma debe cobrar efectos *erga omnie* o en subsidio; entonces, ese Tribunal elevará o transmitirá el asunto a la Asamblea Nacional para que se alcance esa extensión total de nulidad absoluta sobre la disposición o el acto transgresor del texto o el espíritu de la Constitución.

Ni qué decir entonces que esa protección constitucional supone, *per se*, la protección no sólo de su referente político-ideológico, es decir, los fundamentos mismos del sistema sino también la defensa y protección de todos los derechos fundamentales garantizados en la carta. Amén de que ambas cosas no son distintas, sino sólo enfoques de un mismo valor; el sistema es, precisamente, por su historia y por definición martiana, la única y genuina protección, realización y garantía de esos derechos fundamentales. Como ya lo razonara una vez Sandro Schipani¹⁷, el ejercicio de los derechos fundamentales es también, el ejercicio de poder popular.

17 *Ibid.*

Cuba y el constitucional en el Estad socialista de derecho: reflexiones para su perfeccionamiento

Serafín Seriocha Fernández Pérez

Jefe Departamento Divulgación Tribunal Supremo Popular
Miembro de la Comisión de Relaciones Exteriores de la U. N. J. Cuba
Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Políticas

Introducción

Entre los problemas que más me ha preocupado como jurista está, precisamente, el de la necesidad de garantizar la exclusiva supremacía de la Constitución con respecto al ordenamiento jurídico que de ella se deriva, principio generador de legalidad de toda sociedad democrática.

En las sociedades cuyas constituciones han resultado aprobadas mediante referéndum popular -como en nuestro caso-, el control constitucional adquiere mayor trascendencia y por tanto se hace más necesario, ya que se pone al servicio no sólo de salvaguardar la superlegalidad de la norma constitucional sino que es el elemento esencial que caracteriza a un Estado de derecho, es decir, un Estado que por imperativo popular "acepta" funcionar observando el derecho vigente, prioritariamente el previsto en la Carta Magna.

El control constitucional posibilita y crea el consenso jurídico que necesita todo estado democrático y de derecho para su integración pacífica y constructiva; es una herramienta político-jurídica fundamental, dirigida a la defensa de los principios básicos que informan y organizan a los Estados y de protección de los derechos humanos de las personas (libertades, derechos y deberes básicos individuales y colectivos de los sujetos privados y públicos).

Dado lo limitado de este trabajo, se considerarán las formas en que se materializa el control constitucional en México, Estados Unidos, España, Yugoslavia y Nicaragua, por constituir países que por una u otra razón son significativos para Cuba.

México

A la luz de la ciencia política, el Código Constitucional mexicano de 1917 resulta trascendente para Cuba, por ser un código latinoamericano y el primero del mundo cuyo texto tiene un contenido social de defensa del trabajador, así como las nuevas fórmulas de limitación del derecho de propiedad agraria, que respondía a la misma inquietud socialista, que posteriormente se hizo patente en Rusia, y en Alemania, Estonia, Polonia y Yugoslavia con miras a la consolidación del Estado Nacional.

México -artículo 133 de la Constitución de 1917- acoge la práctica norteamericana del control judicial cuando ordena que los jueces de cada Estado deben resolver los casos concretos en que actúan, ajustándose a la Constitución, a las leyes orgánicas constitucionales y a los tratados -normas que conforman el derecho constitucional-, aunque contradigan la legislación del Estado Federal: *el juez no aplica la ley que estima inconstitucional, pero la ley continúa en vigor.*

El control constitucional -jurisdicción- se confía a un poder distinto al legislativo -órgano del Estado-, cual es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para el conocimiento de las controversias que se susciten entre los órganos del Estado, con vistas a afirmar el principio de coordinación de funciones públicas que informa al código político de Querétaro.

El texto mexicano de 1917 incluye un control jurisdiccional específico de la constitucionalidad de los actos, por vía de acción, al consagrar el procedimiento de amparo: suprema garantía que tiene toda persona agraviada para reclamar ante un juez o tribunal la anulación de un acto constitucional que se le ha aplicado, que se aplica o que se le intenta aplicar.

Estados Unidos de Norteamérica

En los Estados Unidos de Norteamérica la elección de un juez a la Suprema Corte puede producir un conflicto dramático y publicitado: el 23 de octubre de 1987, después de casi cuatro meses de acalorado debate, el Senado votó 42 a 58 rechazar la designación del Juez Robert Bork, a propuesta del expresidente Ronald Reagan. Los que apoyaban a Bork afirmaban que interpretaría la Constitución de manera leal a los "intereses de los Fundadores", mientras que los oponentes decían que Bork lo haría de forma tal que minaría los derechos civiles.

Esto se aplica por el derecho -revisión judicial- de los tribunales federales para declarar las leyes del Congreso y los actos de la rama ejecutiva nulos y no aplicables, si juzgan que se encuentran en conflicto con la Constitución.

A dicha atribución no se le otorgó ningún texto legal, sino que la propia Suprema Corte lo definió así desde 1803, en el famoso caso Marbury vs. Madison, cuando juzgó inconstitucional una ley que le confería ciertos poderes, no produciendo ningún trastorno, ya que benefició al poder ejecutivo. La rama ejecutiva y la legislativa no se opusieron contra la naciente doctrina, utilizada moderadamente durante el siglo XIX.

La doctrina del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se fundamentó en el artículo 6 de la Constitución estadounidense: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se dicten de acuerdo con sus normas serán la Ley Suprema del país y los jueces en cada Estado quedarán ligados por ella cualesquiera que fueren los mandatos de las constituciones o leyes del Estado respectivo". La Suprema Corte realiza el control constitucional de las leyes y los actos del ejecutivo al resolver los litigios a su cargo -supervisando así la actividad de los órganos legislativos y ejecutivos- para determinar si contradicen o no el texto de la Constitución, dejando sin efecto aquellos preceptos o aquellas órdenes que se le opongan. Los jueces no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes fuera de las sentencias que resuelven un litigio real y concreto en que cualquiera de las partes, directamente perjudicadas en su persona o bienes, ha invocado como fundamento de su pretensión remediadora que la ley dictada o el acto ejecutado lesionó alguno de los derechos que la Constitución le garantizaba originándole un perjuicio en su persona y bienes, sin que exista, por tanto, una acción pública de inconstitucionalidad.

Desde 1979 hasta 1990 la Suprema Corte ha declarado inconstitucionales un poco más de un centenar de leyes federales. Por otro lado, en ocasiones, la corte ha variado su criterio sobre un mismo asunto.

España

La Constitución Española de 1978 dedica su título IX al Tribunal Constitucional. A diferencia de la doctrina norteamericana, el artículo 161.1. A del texto constitucional español prevé el recurso de inconstitucionalidad *per se* contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma legal afectará la jurisprudencia sobre la misma, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

El Tribunal Constitucional también conoce del recur-

so de amparo por violación de los derechos y libertades individuales, que puede ser interpuesto por toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como por el Defensor del Pueblo y por el Ministerio Fiscal.

El artículo 163, por otro lado, establece una tercera vía de inconstitucionalidad, prevista para cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, se planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Las tres modalidades para plantear la cuestión constitucional -recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, recurso de amparo por violación de los derechos y libertades fundamentales, consulta constitucional de los tribunales ordinarios al tribunal constitucional- están reguladas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y resultan relevantes a la hora de estudiar el caso cubano, por constituir España un Estado social y democrático, con un régimen político monárquico-parlamentario.

Yugoslavia

La extinta República Socialista Federativa de Yugoslavia planteó al pensamiento marxista mundial un reto para el análisis del socialismo real en la Europa Oriental. El estudio de la fórmula Yugoslavia constituye un paso ineludible para el perfeccionamiento de la construcción del socialismo en cualquier país.

La Constitución de 1963 definía la República Socialista Federativa de Yugoslavia como "un Estado Federal de pueblos voluntariamente unidos e iguales en derechos y una comunidad democrática y socialista basada en el Poder del pueblo trabajador y en el autogobierno".

La doctrina constitucional yugoslava consistía en asignar a un órgano de poder jurisdiccional independiente -Tribunal de Garantías Constitucionales- el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, así como la sustanciación de cuestiones sobre incompatibilidad entre las leyes de las República y las Federales.

La experiencia yugoslava resulta de interés para Cuba porque, al igual que en nuestro país, la Constitución yugoslava define la Asamblea Federal como "el órgano supremo del Poder". Sin embargo, la doctrina de la unidad de poder no los condujo a cosechar la técnica del equilibrio y mutuo control de los Organos Supremos del Estado, al establecer un órgano independiente cuya misión era el control de la constitucionalidad de la actividad jurídica desplegada por las otras autoridades.

Resulta especialmente relevante esta experiencia para nuestro país en el sentido de que la Constitución yugos-

lava reconoció a la "Liga de los Comunistas de Yugoslavia" como la fuerza dirigente y organizada de la clase obrera y del pueblo trabajador en la edificación del socialismo.

El código político-constitucional yugoslavo combinó adecuadamente monopartidismo-democracia socialista, estado de derecho, unidad del poder, control constitucional, en el proceso de institucionalización de su revolución socialista.

Nicaragua

El Código Político Nicaragüense de 1987 resumió las conquistas inmediatas de la revolución socialista: crear un Estado que garantizara la existencia del pluralismo político, la economía mixta y el no alineamiento. El artículo 7 indica: "Nicaragua es una República Democrática, participativa y representativa. Son órganos de gobierno: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Electoral".

A la cabeza del Poder Judicial está la Corte Suprema de Justicia, competente para conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución, de acuerdo con la ley de amparo, y los recursos por inconstitucionalidad de la ley, interpuestos de conformidad con la Constitución y la ley de amparo.

El recurso por inconstitucionalidad contra las disposiciones de carácter general puede ser interpuesto por cualquier ciudadano y se sustancia en un proceso autónomo al margen de actuaciones judiciales de otro orden.

Contra toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política se establece el recurso de amparo.

En Nicaragua, el Poder Legislativo -Asamblea Nacional- es el órgano competente para la interpretación auténtica de la ley. Resultaría provechoso estudiar cómo el Poder Legislativo utiliza esta atribución frente al Poder Judicial que es el competente para la inconstitucionalidad de las leyes. Es posible que a través de estas funciones se llegue a compromisos que coadyuvan a integrar la actividad jurídica del Estado.

Parte II El control constitucional antes de la Constitución Cubana de 1976

Las Constituciones cubanas de Guáimaro 1869, Baraguá 1878, Jimaguayú 1895 y la Yaya 1897, no contienen disposiciones específicas sobre el control constitucional. Sin embargo, el artículo 22 de la de Guáimaro indicaba que el Poder Judicial es independiente. En este mismo sentido se pronunciaron las de Baraguá y Jimaguayú. La Constitución de la Yaya asignó la justicia criminal a la jurisdicción militar y la justicia civil a las autoridades civiles.

Desde la Constitución de la República de Cuba del 20 de mayo 1901-acordada por la Convención constituyente del pueblo de Cuba el día 21 de febrero de 1901 y promulgada por la Orden Número 181 del Gobierno Militar del 20 de mayo de 1902- es que comienza a evolucionar en nuestra legislación el recurso de inconstitucionalidad.

El artículo 83, acápite 4 del texto constitucional, concibió este recurso -que se confirió al Tribunal Supremo de Justicia- para sustanciar y decidir cuestiones de constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversia entre partes. Por Ley de 31 de marzo de 1903 se desarrolló el Recurso de Inconstitucionalidad de parte afectada, dentro o fuera de actuaciones judiciales.

Al margen de otros factores que vitalizan el poder político, el recurso de inconstitucionalidad de parte afectada demostró su ineficacia con motivo de la reforma constitucional de 1928.

Según la Constitución de 1901, la Reforma Constitucional requería el acuerdo de las dos terceras partes del número total de los miembros de cada cuerpo colegiado. Seis meses después de acordada la reforma se exigía -artículo 115- convocar una Convención Constituyente, cuya facultad era únicamente aprobar o rechazar la reforma previamente votada por los Cuerpos Colegiados.

La Convención, sin embargo, decidió ampliar la reforma y el entonces presidente cubano Gerardo Machado concedió la posibilidad de reelegirse y prorrogarse en el poder.

Interpuestos diversos recursos contra la ilegalidad de la reforma acordada sin observarse el proceso de reforma del artículo 115, el Tribunal Supremo de Justicia declaró que la legislación vigente no autorizaba el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad en defensa de la superlegalidad constitucional y que no habiéndose aplicado en controversia entre parte, ninguno de los preceptos que se citaban en los recursos, no podía entrar en el examen de fondo del asunto -ver sentencia- 72, del 8 de diciembre de 1930 del Tribunal Supremo de Justicia.

Gerardo Machado, sin embargo, fue derribado del poder por una huelga general del pueblo cubano en 1933.

La Constitución de 1934, a efectos de remediar aquella deficiencia jurídica, consagró la acción pública de 25 ciudadanos para el restablecimiento de la constitucionalidad agraviada por leyes y otras disposiciones de carácter general. También otorgó a un sólo ciudadano la acción constitucional cuando se tratase de la violación de algún derecho fundamental del ciudadano.

La Constitución de 1940 y la Ley Constitucional para

* la República de Cuba del 4 de abril de 1952 -esta última aprobada por el general Fulgencio Batista y su Consejo de Ministros después del golpe de Estado que encabezó el 10 de marzo de 1952- concibieron que la función jurisdiccional constitucional se debía impartir por un órgano de poder independiente del Poder Judicial ordinario. A estos efectos crearon el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, competente para conocer: a) los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, etc., o actos que nieguen, restrinjan, disminuyan o adulteren los derechos y garantías consignados en la Ley Constitucional 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, etc.

Estas disposiciones fueron reproducidas en los artículos 160 y 161 de la ley fundamental del 7 de febrero de 1959, promulgada por el poder revolucionario. Desde el 23 de diciembre de 1973 hasta 1976 cesó la jurisdicción constitucional en Cuba con la institucionalización de un nuevo sistema judicial, al suprimirse la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales del Tribunal Supremo.

Parte III El control constitucional en la Constitución Cubana de 1976 reformada en 1992

1. Principios políticos que informan la Constitución Cubana

El concepto de la división de poderes alcanzó fama mundial gracias a Montesquieu, aunque aquél ya había sido anunciado por Looke y en cierto modo también por Aristóteles. Montesquieu, tomando como fundamento la Constitución Inglesa (no escrita), distinguió los tres órganos de poder máximo en Inglaterra: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Estos poderes, según él expuso, deben estar divididos y ser independientes unos de otros.

Generalmente los juristas occidentales sostienen esta concepción, aunque la misma no sea exacta, ni histórica ni teóricamente. Se trata de un mito político-jurídico. La realidad es que el poder del Estado es materialmente indivisible e incluso no siempre es posible ni conveniente una absoluta separación de las funciones legislativas, judicial y ejecutiva entre ellos.

La enseñanza de la doctrina de Montesquieu radica en que permite distinguir las tres funciones principales ineludibles a través de las cuales se desarrolla y revela la voluntad del Estado. Estas funciones se asignan como facultades soberanas e indelegables a los órganos legislativo, ejecutivo y

judicial, aunque las de los dos últimos por lo común tienden a subordinarse a las de la primera, sobre todo en los sistemas de gobierno parlamentario como el inglés y el francés (en la práctica el poder ejecutivo está desplazando a los otros, lo que pone en peligro lo que se denomina estado de derecho).

La división de poderes es un concepto erróneo desde el punto de vista ideológico, pero como principio político organizador de los estados democráticos resulta útil, ya que deslegitima al órgano de poder que pretenda ejercer un dominio más allá del que legalmente le corresponde.

El concepto de la unidad de poder desde el punto de vista ideológico es acertado, pero consagrado jurídicamente como principio de organización y funcionamiento del Estado conduce generalmente a la hegemonía de uno de los órganos de máximo poder sobre los otros, sobre todo en las democracias monopartidistas. De ahí que sea necesario para crear un Estado Socialista Democrático de Derecho, proclamar la división de las funciones principales del Estado, asignándosele a órganos supremos independientes, lo que tiende a reforzar el principio de legalidad y el principio de constitucionalidad que nos ocupa.

La Constitución de la República de Cuba de 1992 sustituyó el artículo 66 de la anterior Constitución por el 68. Lo más relevante en la nueva formulación de este artículo es que suprimió explícitamente el centralismo democrático y la unidad de poder como principios de organización y funcionamiento de los órganos del Estado.

La modificación indicada tiene gran importancia entre muchas razones porque los organismos inferiores podrán en el marco de la legalidad impugnar las decisiones de las autoridades superiores que consideren contrarias a sus intereses, fortaleciéndose así la personalidad jurídica de los sujetos que conformen las relaciones políticas de la sociedad.

Al suprimir el principio de la unidad de poder, los órganos superiores de poder del Estado cubano podrán ejercer sus funciones constitucionales en el marco de la legalidad como poderes independientes, estableciéndose un mecanismo de equilibrio y corrección mutua entre ellos.

Esto no significa que la Asamblea Nacional del Poder Popular deje de ser el órgano superior de poder del Estado; ésta representa y expresa la voluntad soberana de todo el pueblo, con potestad constituyente y legislativa y de ella se derivan los demás órganos del Estado. Sin embargo, una vez que estos órganos adquieran vida propia, deben ejercer sus funciones constitucionales con total autonomía dentro de los límites de su competencia.

Un eficiente control constitucional constituiría -desde el punto de vista jurídico y político- un marco institucional

ideal para alcanzar lo que ha sido un déficit de la Revolución Cubana: la consolidación de una cultura de respeto a la ley propia de un estado de derecho.

2. Normas que regulan el proceso de inconstitucionalidad en Cuba

A diferencia de las experiencias examinadas en el Capítulo I, la Constitución Cubana en su artículo 75, inciso c) -dedicado a las atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular- indica que a ésta le corresponde "decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales".

Esta disposición tiene su norma complementaria en el artículo 79 del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular definidor del procedimiento y de los sujetos que pueden plantear cuestiones de constitucionalidad.

La cuestión de constitucionalidad, según el artículo mencionado, se debe remitir al presidente de la Asamblea Nacional, quien la traslada a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea para su estudio y dictamen. Emitido el mismo, debe someterse a discusión y aprobación por la propia Asamblea Nacional del Poder Popular.

Pueden plantear al examen de la Asamblea Nacional cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones de carácter general: el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros, los diputados, los órganos locales del Poder Popular, el Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República, el Comité Nacional de la CTC y las direcciones de las demás organizaciones sociales y de masas, así como 25 ciudadanos cubanos que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos.

El recurso a la solicitud de examen de la cuestión constitucional está concebido para impugnar disposiciones legales de carácter general, dentro de un proceso autónomo cuyo fin es depurar una situación jurídica anteriormente creada por un acto de autoridad, que el recurrente considera contradice la Constitución, ya sea porque dicha disposición fue adoptada sin observarse los requisitos formales exigidos por la Constitución o cuando el cuerpo legal o alguna de sus disposiciones contradiga algún precepto constitucional.

Aunque este recurso al parecer no ha sido utilizado -hasta donde conoce el autor de esta ponencia-, el mismo resulta útil a la defensa de los derechos y garantías fundamentales del ciudadano y de la propia Constitución, contra los actos de autoridad expresados en disposiciones de carácter general, si bien -por su propia naturaleza- resulta irrelevante para enfrentar aquellos actos de autoridad de carácter indivi-

dual, cuyos recursos actualmente disponibles para impugnarlos están recogidos en las diferentes legislaciones procesales: penal, civil, administrativa, laboral y económica.

En este sentido es necesario indicar que entre los principales objetivos de los tribunales se encuentra el previsto en el artículo 4, inciso c) de la Ley de los tribunales Populares, consistente en "amparar la vida, la libertad, la dignidad, el honor, el patrimonio, las relaciones familiares y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos". Ello implica que los Tribunales en su función de impartir justicia deben en sus fallos proteger a los ciudadanos de los actos de autoridad que contradigan sus derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución. El artículo 5 de la Ley de los Tribunales ya referida así lo ratifica, al disponer que éstos están en la obligación de cumplir la Constitución y las demás disposiciones legales.

No queda claro, sin embargo, la competencia de los Tribunales cuando estimen inconstitucionales disposiciones de carácter general que hayan de aplicar en juicio. Al respecto ha existido silencio en la práctica judicial y en la doctrina.

Parte IV
Propuesta para el
perfeccionamiento
del control
constitucional
en la vida jurídica
del Estado
socialista cubano

1. Enseñanzas de las experiencias foráneas examinadas que pueden ser útiles para Cuba

México:

El Juez no aplica la ley que estima inconstitucional, pero la ley sigue vigente.

El recurso de amparo, como suprema garantía jurídica que tiene toda persona agraviada por un acto inconstitucional.

E. U. A.:

El órgano que declara la inconstitucionalidad de las disposiciones de carácter general -sobre derechos y libertades fundamentales- tiene un papel muy importante en la formulación de la política nacional y libera a los otros poderes de la responsabilidad política del rumbo trazado.

España:

La declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter general no afecta el valor de cosa juzgada de las sentencias recaídas con anterioridad a dicha declaración.

El recurso de amparo por violación de los derechos y libertades individuales puede ser interpuesto no sólo por el afectado sino también por el Ministerio Fiscal. A diferencia de México y los E. U. A., el juez ordinario especial, cuando considera en algún proceso que una

norma general aplicable al caso es inconstitucional, suspende el proceso y consulta al Tribunal Constitucional.

Yugoslavia:

Sin contradecir al principio de la unidad de poder y el papel dirigente de la Liga de los Comunistas en la construcción del socialismo, institucionalizó un órgano independiente con poder jurisdiccional (Tribunal de Garantías Constitucionales).

Nicaragua:

Demuestra la importancia de un órgano jurisdiccional constitucional independiente para la defensa, por vía de la legalidad de las conquistas populares en el marco de una revolución democrática y pluralista.

2. Perfeccionamiento del control constitucional en Cuba: propuestas

El control constitucional en Cuba puede perfeccionarse a través de diferentes formas, unas que implicarían una reforma parcial de la Constitución y otras que no lo requieren.

Dado que la Constitución Cubana fue reformada recientemente y el cambio que se requeriría para signar a otro órgano del Estado la potestad de la Asamblea Nacional de decidir acerca de las cuestiones de constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general, exige para su aprobación del referéndum popular, enmarcaré mi propuesta en el espíritu de la actual constitución.

Las cuestiones de constitucionalidad se pueden examinar por tres vías:

- a) La acción pública, para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las normas de alcance general, ante la Asamblea Nacional del Poder Popular. Cualquier ciudadano estaría legitimado para impugnar la inconstitucionalidad de las normas que estimen viciadas. La Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional sería el órgano facultado para declarar la inconstitucionalidad de los decretos y otras disposiciones generales de inferior jerarquía. Para declarar inconstitucionales las leyes y los decretos-leyes se requeriría la aprobación de la Asamblea Nacional. En un estado de derecho, las personas naturales y jurídicas son iguales ante la ley, todas deben ajustar su actividad dentro de los marcos constitucionales, definidores de su competencia, funciones, de derechos, deberes y libertades fundamentales. Por tanto, todas igualmente deben gozar del derecho y del deber de impugnar la

inconstitucionalidad de las disposiciones de alcance general, de ahí que proponga esté legitimado cualquier ciudadano para ejercer dicha acción.

Resulta importante que la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional sea el órgano que resuelva la constitucionalidad de los decretos y otras disposiciones de inferior jerarquía, a fin de dinamizar este mecanismo de protección jurídica de la Constitución, así como por lo poco práctico de que la Asamblea Nacional se dedique a examinar si una instrucción o resolución de un organismo dado es constitucional o no. Las cuestiones de constitucionalidad de las leyes y decretos-leyes por ser disposiciones de la propia Asamblea Nacional quedarían reservados a ésta. De esta forma, la potestad constituyente y legislativa de la Asamblea no quedaría limitada por otro órgano del Estado.

La declaración de inconstitucionalidad de estas normas no tendría efecto retroactivo y las sentencias fundadas en ellas mantendrían su valor de cosa juzgada.

b) El control abstracto de las normas no sería suficiente para garantizar la superlegalidad de la Constitución en la vida jurídica del país; de ahí la necesidad de implementar un control concreto que operaría cuando en el curso de un proceso judicial en el cual dos partes están en conflicto, el Tribunal correspondiente estima que la norma de la cual depende el fallo es contraria a la Constitución. Esta hipótesis podría darse no sólo de la comparación, en abstracto, de dicha norma y de la Constitución, sino también de la evaluación de las consecuencias de aplicar la norma a las circunstancias particulares del caso. Por ejemplo, aun cuando el artículo 115, inciso b), de la Ley 65, "Ley General de la Vivienda", no parece en abstracto ser contrario a la Constitución, la decisión de declarar ocupantes ilegales y disponerse el desalojo de éstos del inmueble por la Dirección Municipal de la Vivienda, al margen de que dicha decisión sea una potestad discrecional no recurrible en la vía judicial ni administrativa, habida cuenta de la especial situación de los inquilinos que perdieron su residencia de origen por derrumbe u otra causa de fuerza mayor y la imposibilidad de adquirir otra legalmente en el mercado nacional, el Tribunal, a petición de los interesados, debe evaluar las circunstancias y considerar la decisión del órgano municipal en el caso concreto como inconstitucional -aun cuando se trata de una potestad discrecional-, dispondrá la anulación por inconstitucional de la resolución administrativa, ya

que de ejecutarse se estaría quebrantando la disposición constitucional prevista en el artículo 9, inciso c) de la Constitución, en el sentido de que el Estado "trabaja por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable". También deberá resolver la cuestión de inconstitucionalidad cuando, en abstracto, considere que cierta norma no debe ser aplicada al caso por ser violatoria de la Constitución. El Tribunal no declara inconstitucional la Ley, sino que se abstiene de aplicarla en el caso concreto, fundamentando su decisión. En estos supuestos el Tribunal aplica directamente el precepto constitucional.

La decisión de inconstitucionalidad sólo tendría efectos en el caso concreto y exclusivamente frente a los interesados. El artículo 115 de la Ley General de la Vivienda sigue vigente y, por lo tanto, puede ser aplicado en otros casos.

Con esta facultad los Tribunales podrían realizar su función de impartir justicia y de defender la Constitución de manera más efectiva en el curso de los procesos a su cargo. El principio de prevalencia de la Constitución y el principio de que los Tribunales en su función de impartir justicia sólo deben obediencia a la ley, se reafirmarían definitivamente.

Esta variante tiene la virtud de fortalecer el papel del sistema de Tribunales en la vida jurídica del Estado, sin necesidad de reformar la Constitución.

Resulta poco viable la experiencia que adopta España, en el sentido de que los Tribunales Ordinarios al enfrentarse con estos supuestos deben consultar la cuestión de constitucionalidad a la Corte Constitucional que es el órgano facultado para declarar la inconstitucionalidad de las normas generales. De adoptarse en Cuba este mecanismo de consulta, tendría que dirigirse a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional, lo que evidentemente dilataría los procesos de este orden y los tribunales se sentirían poco incentivados a utilizarlos, ya que además de retrasarse los procesos a su cargo, se incrementaría la ya abultada carga de trabajo que realizan.

Si la Constitución define que las cuestiones de constitucionalidad de las disposiciones de alcance general las resuelve la Asamblea Nacional, resultaría lógico que los vicios de inconstitucionalidad de los actos de autoridad de carácter individual sean sustentados por los Tribunales en el marco de los pro-

cesos judiciales a su cargo a solicitud de parte afectada o de oficio.

A los efectos de que en los Tribunales se aplique uniformemente la jurisdicción constitucional entre partes, sería imprescindible crear en el Tribunal Supremo Popular una Sala de Garantías Constitucionales, que si bien tendría relaciones de trabajo con la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional, en su función de impartir justicia sería soberana.

Esta Sala conocería de los recursos de inconstitucionalidad contra las sentencias y resoluciones definitivas de los Tribunales ordinarios y militares, así como las decisiones administrativas que no tengan recurso en la vía judicial. Este recurso permitiría atacar la constitucionalidad de la sentencia firme en sí misma, es decir, de su parte resolutive, o combatir la inconstitucionalidad de la Ley aplicable al caso. En esta última circunstancia sería, entre otros, un requisito que las partes hayan alegado la cuestión de inconstitucionalidad en los Tribunales u órganos administrativos de instancia.

Otro requisito sería, para ambos recursos, un término de 15 ó 20 días para la interposición del mismo a partir de la firmeza de la sentencia, a los efectos de lograrse la cosa juzgada constitucional. La interposición del recurso no tendría carácter suspensivo, salvo que la Sala de Garantías Constitucionales así lo disponga.

- c) La protección jurídica de los derechos constitucionales quedaría perfeccionada si institucionalizáramos el denominado recurso de amparo.

El amparo no constituiría una injerencia en las facultades constitucionales de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional ni de la Sala de Garantías Constitucionales, porque su jurisdicción estaría encaminada a resolver la solicitud de cualquier ciudadano de amparo de sus derechos constitucionales directamente aplicables cuando sean violados o amenazados por actos, hechos u omisiones de autoridades públicas o privadas. Al decidir sobre un recurso de amparo los Tribunales no examinarían si se hizo en el caso concreto una correcta interpretación o aplicación de la ley o del derecho, sino que existe una violación de los derechos constitucionales. Todo tipo de asunto diferente sería competencia del proceso judicial ordinario.

En las condiciones actuales de nuestro país, la imple-

mentación de este recurso no se puede convertir en un mecanismo que entorpezca el cumplimiento de la ley o de las órdenes de las autoridades, así como el funcionamiento de la administración de justicia.

Se establecerían entonces determinados requisitos para el ejercicio del derecho de amparo, entre otros, el previo agotamiento de las vías judiciales ordinarias, es decir, que de hecho no hubiere otro procedimiento accesible al interesado, la ley orgánica de los Tribunales Populares señalaría los casos en los cuales podría interponerse y las formalidades que deberán exigirse; y que los Tribunales a su juicio consideren necesario pronunciarse.

Los fiscales pueden desempeñar una función importante en estos supuestos, ya que según el artículo 127 de la Constitución Cubana, la Fiscalía es el órgano del Estado al que corresponde el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del *estricto cumplimiento de la Constitución*, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales, y por los ciudadanos.

Incluso, en una primera etapa, resultaría efectivo que sean las Fiscalías Municipales las encargadas de resolver los recursos de amparo. En la Fiscalía General y las Fiscalías Provinciales se nombraría un fiscal especial para la vigilancia de la protección de los derechos constitucionales, que supervisaría el trabajo de las Fiscalías Municipales. La Ley de la Fiscalía regularía el recurso de amparo.

Conclusiones Vitalizar el control constitucional en Cuba permitiría concretar mecanismos jurídicos que garanticen y coadyuven al proceso de institucionalización del nuevo tipo de Estado socialista democrático de derecho aprobado por el artículo 1º de la Constitución de la República de 1992. A partir de un solo centro político -el Partido de la nación cubana-, el control constitucional contribuiría a hacer realidad el disfrute de la libertad política a que refiere el artículo mencionado, protegiendo los derechos constitucionales de las personas naturales y jurídicas, cuya actividad a desplegar en esta nueva etapa de la Revolución no puede circunscribirse a los términos exactos de un sólo guión sino que debe reunir en sí mismo toda la variedad de puntos de vistas, criterios y argumentos que caracterizan a una sociedad culta y en proceso de renovación.

No puedo asegurar que estas ideas se acomoden total o siquiera parcialmente a las soluciones y propuestas que

buscan los auspiciadores del taller sobre "Protección Jurídica de los Derechos Constitucionales". Sin embargo, el deseo de contribuir al perfeccionamiento del control constitucional en nuestro Estado socialista, sostuvo mi voluntad de elaborar y presentar esta sencilla ponencia.

Obras consultadas

- Margariños Torres, Santiago: *El problema de la tierra en México y la Constitución Socialista de 1917*, Madrid, 1932.
- Millán, Román R.: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, anotada y concordada hasta 1934*, México, D.I. 1934.
- Wilson, James Q.: *El Gobierno de los Estados Unidos*, Grupo Noriega Editores, México, 1992.
- David, René: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 2a. ed., Aguilar, España, 1968.
- Morenilla Rodríguez, José María: *El Poder Judicial en los Estados Unidos*, Documentación Jurídica, Minjus de España, 1976.
- Linde Paniagua, Enrique: *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución Española de 1978*, Documentación Jurídica, Minjus de España, 1980.
- Klog, Ulrich: *Problemas de filosofía del derecho*, Sur, Buenos Aires, 1966.
- Tabio, Alvarez: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Librería Martí, 1960.
- Alvarado, Jorge: *El recurso contra la inconstitucionalidad de las Leyes*, Reus, 1920.
- Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, Presidencia de la República, febrero de 1991.
- Pi-Sunyer, O. Viver: *Constitución*, Editorial Vicens-viver, Barcelona, 1993, España.

Legislación consultada

- Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, Beograd, 1963.
- Constitución Política de Nicaragua, El Amanecer S.A., Managua, 1987.
- Constitución de la República de Cuba, Editora Política, La Habana, 1992.
- Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Gaceta Oficial de la República, julio 1982.
- Textos Constitucionales: Guáimaro 1869. Baraguá 1878, Jimaguayú 1895 y La Haya 1897, Minjus de Cuba, 1974.
- Constitución de la República de Cuba de 1901, Minjus de Cuba, 1974.
- Constitución de la República de 1940, Minjus de Cuba, 1974.
- Ley Constitucional de 4 abril de 1952, La jurisdicción al día, de 4 de abril de 1952.

recurso e paro y el tribu al constitucional cubano: necesidad y proyecto

Angel Rafael Mariño Castellanos

Profesor asistente
Universidad de Oriente, Facultad de Derecho

Introducción

Los cambios ocurridos en el mundo en los últimos diez años, sobre todo los acaecidos en el sistema socialista mundial, han puesto al descubierto algunas de las deficiencias económicas, sociales, políticas y jurídicas que se dan en el proceso de construcción del socialismo, entre las que cabe destacar las insuficiencias jurídicas en torno a la protección de los derechos humanos, a cuenta de los defectos inherentes a los sistemas de garantías para tales derechos que se habían establecido en la generalidad de los países socialistas. En ello ejercieron una negativa incidencia las concepciones jurídicas y políticas que conformaron el modelo constitucional socialista, en el que se hizo una jerarquización entre los derechos en favor de los socio-económicos y culturales, y se identificaron las categorías 'garantías institucionales', 'condicionalidad material' y 'garantías instrumentales o procesales'.

Lamentablemente, esas sociedades no pudieron rectificar tales deficiencias en el marco del socialismo, perdiendo la posibilidad de rediseñar un mejor sistema de garantías a los derechos humanos y de demostrar la superioridad que supone el sistema socialista.

Cuba socialista no está exenta de muchas de esas deficiencias e imperfecciones y es lógico, si tenemos en cuenta que a partir de 1961 asimiló el modelo constitucional socialista casi integralmente, manteniendo solamente algunas peculiaridades, que formaban parte de la historia constitucional

cubana a partir de la influencia española y del constitucionalismo angloamericano y latinoamericano.

La gran diferencia respecto a los países exsocialistas es que en Cuba el socialismo aún existe y que, en medio de la crisis del sistema socialista mundial, persiste en el empeño del perfeccionamiento socio-político, económico y jurídico dentro de los marcos socialistas y trata de consolidar al hombre en el centro y la cima de la sociedad, de mantener en nivel supremo la dignidad humana y de propiciar real y definitivamente el desenvolvimiento y desarrollo de todas las potencialidades individuales y colectivas.

Para lograr ese empeño es requisito *sine qua non* perfeccionar el actual sistema de garantías a los derechos y libertades individuales y colectivos existentes en el país, realizando en el sistema jurídico y la organización estatal las transformaciones que sean menesteres en materia constitucional, legislativa, institucional y estructural.

En este trabajo se persiguen los objetivos de caracterizar el sistema de garantías cubano, poniendo al descubierto sus aciertos y deficiencias (Parte I) y de proponer las medidas y los cambios que contribuirían a solidificar y consolidarlo (Parte II), de modo que se cree a nivel de toda la sociedad un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos.

El trabajo presenta las recomendaciones insertas en la propuesta contenida en el Capítulo II.

Partel No es cierto que Cuba sea un país violador de los derechos humanos, donde reina el caos y la arbitrariedad, donde los ciudadanos y los individuos están desprovistos de toda garantía y protección a sus derechos y libertades, y puestos a merced del aparato estatal, político y burocrático existente.

En Cuba hay violaciones aisladas a los derechos humanos, como existen en cualquier país y sociedad del mundo, pero no es cierto que existan violaciones masivas y flagrantes de los derechos humanos, pues es política ya consagrada desde el mismo triunfo de la Revolución el fomento del respeto y la tutela de los derechos y libertades de los individuos y ahí está la obra de la Revolución como garantía de ello.

Por eso son injustas las condenas hechas contra Cuba en el seno de los organismos internacionales como país violador de los derechos humanos; ello ha sido consecuencia de las manipulaciones e influencia nociva de los Estados Unidos de América para desacreditar a la Revolución, reducir su ejemplo y mantener a Cuba socialista aislada del resto del mundo. Sin descontar, que las reiteradas condenas a Cuba por esa razón fueran una estrategia para que en el marco de este

mundo unipolar, de cobertura para una Resolución de Naciones Unidas que apruebe una "intervención humanitaria" en el país, en favor de los derechos humanos.

Repetir la falsedad de que Cuba es un país donde no se respetan los derechos humanos y que en torno a ello existe un caos, violaciones masivas y constantes es perfidia, que implica ponerse contra el socialismo cubano y la Revolución, pero afirmar que en Cuba no se den casos (aislados) de violación de los derechos humanos es absolutizar e hiperbolizar una realidad, donde se pueden quedar impunes y esconderse las arbitrariedades e ilegalidades aisladas de determinados sujetos, y es inconscientemente hacerle el juego a los enemigos de la Revolución y el socialismo cubano, tanto internos como externos.

Tal vez no seamos el paradigma en materia de respeto y protección de los derechos humanos (¿quién lo es?), eso puede ser cierto, pero sí una sociedad que puede abrir sus puertas, levantar banderas y hacerse propaganda como ejemplo de sociedad en donde las autoridades estatales y políticas que la dirigen, tienen el empeño de elevar a suprema altura la dignidad humana y dignificar los derechos y libertades del ser humano; no debemos olvidar que fue incluso uno de los factores que condujo a la guerra definitiva por la liberación nacional: el acabar con las violaciones flagrantes y masivas y el irrespeto a los más elementales derechos del hombre que existió desde la misma colonización en el siglo XVI cuando los conquistadores masacraron y exterminaron a la población indígena autóctona, hasta las barbaridades y monstruosidades cometidas por la deshumanizada y salvaje dictadura de Fulgencio Batista.

El país estaba urgido por eso de elegir como su bandera principal el anhelo frustrado hasta 1958 del apóstol y héroe nacional José Martí: "Yo quiero que la ley primera de la República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre". Eso hizo la Revolución desde el mismo enero de 1959, tarea en la que aún se encuentra enfrascada la sociedad cubana, porque es de carácter permanente e ineludible.

Por ello, la Revolución triunfante, el 7 de febrero de 1959 aprobó la Ley Fundamental para restituir la Constitución de la República de 1940 y establecer el orden de legalidad y los avances logrados en dicho texto, entre los que se destacaban el reconocimiento de un amplio conjunto de derechos y libertades a los ciudadanos e individuos, que incluyó las ideas más avanzadas y progresistas de la época, como fueron los derechos sociales.

La misión de la Revolución era entonces crear la condicionalidad material para asegurar la realidad social de esos derechos y libertades y fomentar en el país un clima de

respeto y protección a los mismos, siendo más allá del establecimiento constitucional formal de los derechos y libertades de los individuos y dando una utilización más eficiente a los mecanismos (garantías) jurisdiccionales tradicionalmente fijados, tales como el habeas corpus, el contencioso administrativo y la acción de inconstitucionalidad de parte afectada, que se ventilaba hasta entonces ante los tribunales ordinarios y el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

El sistema de garantías a los derechos humanos heredado por la Revolución, del régimen anterior, era el propio del modelo constitucional burgués (aunque en Cuba ya desde 1940 fueron mezclándose con los rasgos propios del liberalismo en materia de derechos humanos, lo que venían introduciendo la incipiente corriente del estado social y democrático de derecho, fomentado por la burguesía internacional como alternativa corregida al Estado liberal desde las constituciones mexicana de 1917, alemana de Weimar de 1919 y la republicana española de 1931), conformado esencialmente por los mencionados mecanismos jurisdiccionales de protección que eran fruto de las tradiciones constitucionales latinoamericanas que, a su vez, resultaron de las influencias del derecho anglosajón (primordialmente norteamericano, sobre todo la revisión judicial) y el derecho español, que era portador además de algunas características que animaban el pensamiento jurídico francés¹.

Sin embargo, es de lamentar que el constitucionalismo cubano prerrevolucionario no asimilara el más grande aporte latinoamericano, esto es, el amparo mexicano, que había sido establecido en México y en su sistema de garantías a los derechos humanos desde el siglo XIX.

El poder revolucionario no se empeñó en perfeccionar el citado sistema de garantías, pues se ocupó en algo superior: transformar el existente derecho burgués en uno que se correspondiera con el proyecto social que había guiado a los revolucionarios cubanos y que estaba contenido en el alegato la "Historia me absolverá" (Programa del Moncada) y que no era otro que el derecho socialista.

Era pues lógico e históricamente justificado que a las transformaciones económicas, políticas y sociales que comenzaron el 1º de enero de 1959, se correspondiera un conjunto de transformaciones jurídicas e institucionales, que fueron desde la ya referida aprobación de la Ley Fundamental del 7 de febrero de 1959, hasta la reestructuración definitiva del entonces existente Poder Judicial en 1973, pasando por las Le-

1 Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Manuales 1991/5, México, 1991, pág. 137 y ss.

yes de Reforma Agraria (1959-1963), las demás Leyes de Nacionalización de carácter popular y por la conversión en 1960 del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales en una Sala del Tribunal Supremo²

Los líderes de la Revolución actuaron guiados por la creencia de que los cambios económicos, políticos, sociales y jurídicos acaecidos transformarían, como lo hicieron, el país y la sociedad cubana, y conducirían a la nación hacia lo que era entonces la única alternativa de vida digna, independiente, soberana, próspera económicamente, segura y estable socialmente para el pueblo de Cuba: el socialismo.

Socialismo que por su carácter genuinamente democrático y popular aseguraría por sí solo la dignidad humana y el respeto y la protección de los derechos y libertades de los individuos.

La historia ha demostrado³ que lo primero es cierto e irrefutable, pero, a su vez, que lo segundo no tiene carácter absoluto y que además de todo lo que construye materialmente el socialismo y avanza en el campo de lo social, político y jurídico, no es suficiente para fomentar una absoluta, general e intachable cultura de respeto y protección a los derechos del individuo, simplemente porque la sociedad socialista no es perfecta, porque su principal virtud es también su "talón de aquiles"; esto es, la construyen los hombres con sus virtudes y sus defectos. Lo cual significa que éstos no están eximidos por naturaleza de errores, excesos y arbitrariedades en su actuar y desempeño social. Entonces, la sociedad y el orden jurídico socialista también necesitan indiscutiblemente de un férreo sistema de garantías jurídicas que actúe como freno a excesos y errores, para proteger y tutelar los derechos y libertades de los individuos y los grupos de éstos.

También se justifica históricamente que en Cuba después del triunfo de 1959, el legislador revolucionario siguiera en sus formulaciones normativas las posiciones jurídicas, el pensamiento teórico y la práctica judicial propia del modelo constitucional socialista⁴ que era, de los existentes en

2 No entramos aquí en el análisis sobre lo atinado de esas transformaciones en el orden jurídico-institucional, ni en las consecuencias, pues esos cambios estuvieron condicionados históricamente por una situación político-social concreta.

Véase el análisis de los hechos realizado por sus protagonistas. *Informe Central al Primer Congreso del Partido*, editado por DOR del CCPCC, La Habana, parte histórica, 1975.

3 No solamente en los países exsocialistas de Europa del Este, también en nuestro propio país.

4 Véase una caracterización sobre lo que llamamos modelo consti-

ese momento, el único que se ajustaba y correspondía con la sociedad socialista que se proponían construir los revolucionarios cubanos. Sin embargo, lo inexplicable e injustificado resulta que no se tuviera en cuenta en la conformación del nuevo sistema jurídico nacional, todos los aspectos positivos del constitucionalismo prerrevolucionario cubano, que mostraba, sobre todo a partir de 1940 avances y progresos jurídico-constitucionales, incluso, ubicable entre los más destacables de la época. La asimilación de esos aspectos positivos en el referido sistema jurídico cubano a conformar, lo hubiera hecho más autóctono y perfecto. Igualmente, hubiera contribuido al salto cualitativo la incorporación de lo más avanzado y positivo del pensamiento y la práctica constitucional latinoamericana.

La Revolución, que había adoptado un estructura estatal provisional⁵ de modo que permitiera cumplir su principal tarea, esto es, defenderse de los ataques y la agresividad del imperialismo yanqui y sus aliados internos e internacionales⁶, aun cuando no se dedicó a perfeccionar el sistema de garantías a los derechos humanos heredado del capitalismo, no se olvidó de éstos, no era posible cuando se trataba de un proyecto social cuyo interés central era el hombre, el mejoramiento de sus condiciones de vida y su realización social plena como ser humano, de ahí su carácter humanista; por ello dictó leyes populares, construyó escuelas, hospitales, círculos infantiles, viviendas, propugnó la igualdad real de todos los hombres, sin distinción por motivo de raza, color u origen nacional, así como del hombre y la mujer, tanto en la ley como ante la ley. Trabajó para asegurar el desarrollo sano e integral de la niñez y la juventud; la seguridad social a los trabajadores y la asistencia social a personas de la tercera edad y los desvalidos; para que todos tuvieran la oportunidad de tener un trabajo donde ganar el sustento propio y familiar que asegurase una vida decorosa y digna, y disfrutar del descanso necesario y de vacaciones pagadas; para que se acabara definitivamente

tucional socialista, en mi trabajo "El control constitucional en Cuba", Capítulo I, págs. 3 y 55, Santiago de Cuba, 1994, trabajo monográfico.

5 Véase el ejemplar trabajo de García Cárdenas, Domingo, *La organización estatal en Cuba*, Imprenta Universitaria, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1982, en especial la parte histórica 1959-1975.

6 Castro Ruiz, Raúl, "Discurso sobre la experiencia de Matanzas de 1974", en *Discursos, artículos y otros documentos sobre el derecho constitucional*, Imprenta Universitaria, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1982; además, el Informe al primer Congreso del Partido Comunista de Cuba.

el tiempo muerto, el desempleo y la explotación del hombre por el hombre, la prostitución, el juego, las drogas, el analfabetismo y la indigencia social. Para que se acabaran las torturas, los desaparecidos, las represiones masivas, en fin, todas las violaciones masivas y flagrantes que durante años habían amenazado y había sufrido el pueblo cubano.

Al superar así las declaraciones normales de los derechos, creaba una justicia social distributiva que alcanzaba a todos por igual y que aseguraba definitivamente la imprescindible condicionalidad material, para el disfrute, la realización y la viabilidad social de los derechos humanos.

Sin embargo, todo ello no implicaba *per se* el respeto y el aseguramiento para el ejercicio integral de los derechos y libertades de los individuos, para lo cual resulta necesaria, además, la institucionalización de un conjunto de mecanismos y vías (garantías) que los protejan y permitan tutelarlos ante cualquier amenaza o violación de los mismos.

El afianzamiento y fortalecimiento del sistema socialista en Cuba, así como los avances y conquistas conseguidas al transcurrir los primeros quince años de Revolución, determinó acabar con la etapa de provisionalidad y establecer formas definitivas de estructura y organización estatal, política y social en el país.

El proceso de institucionalización estatal comenzado en 1970 tenía ese propósito central; la experiencia realizada en Matanzas, en el año 1974, con los órganos del Poder Popular fue otro paso importante de ese proceso, cuyos momentos cumbres fueron la celebración del Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba en 1975 y la entrada en vigor el 24 de febrero de 1976 de la Constitución socialista.⁷

El texto constitucional socialista de 1976 consagró en su normativa las conquistas económicas, políticas, sociales y jurídicas de la Revolución y el socialismo en Cuba, también la posición internacional de Cuba y fue documento programático, que recogió las aspiraciones todavía por lograr del pueblo cubano y que guiarían en adelante la sociedad hacia la continuación de la construcción del socialismo y el avance hacia el comunismo.

En materia de derechos humanos la Constitución de

7 Véase, Alvarez Tabio, F. "Comentarios a la constitución socialista", Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1981.

Vega Vega, J., *Derecho constitucional revolucionario en Cuba* Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

Discursos, artículos y otros documentos sobre el derecho constitucional, cit. supra, nota 6.

En todos ellos para ampliar en el significado de la aprobación de la Constitución Socialista de 1976.

1976 siguió el modelo constitucional socialista derivado de la experiencia del constitucionalismo soviético, tanto en la declaración o reconocimiento del conjunto, como en lo referido al sistema de garantías a los mismos. El texto constitucional no agotó todos los derechos hoy reconocidos en el ordenamiento jurídico cubano ni en el sistema de garantías a los mismos. Pues, tanto derechos como garantías se recogieron en leyes ordinarias; entonces, al tratar el tema de los derechos humanos en Cuba, y su sistema de garantías, debe no sólo apreciarse la normativa constitucional sino ésta con otras disposiciones normativas.⁸

Lo singular en esta materia dentro de la legislación cubana es que en ocasiones las leyes ordinarias, además de complementar y desarrollar la Constitución en tal cuestión, también instituyen derechos y mecanismos de garantías no contemplados en el texto fundamental por el constituyente. Todo lo cual hace afirmar que Cuba se ha tomado en serio el asunto de los derechos humanos, aun cuando se reconozca aquí que el sistema de derecho cubano no es perfecto y está incompleto. Sin que sea trascendente el hecho que no tienen rango constitucional todos los derechos y los mecanismos de protección y tutela de éstos, simplemente porque el principio de legalidad que rige el funcionamiento del sistema jurídico nacional y la sociedad misma hace que todos los actos normativos a partir de la Constitución tengan fuerza obligatoria y obliguen a su acatamiento a todos los individuos y a cualquiera de los operadores estatales, políticos, económicos y sociales que actúan en la vida nacional. Sin olvidar, además, que todas estas disposiciones son invocables.

8 Ley Nº 5 sobre Procedimiento Penal de agosto de 1977, artículo 3, y Título IV, arts. 467-478; la Ley Nº 7 sobre Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de julio de 1977; de la primera parte, título IV, la segunda y tercera partes; Ley Nº 59 Código Civil, de julio de 1987; artículos 24, 28, 38; Ley Nº 62 Código Penal, de diciembre de 1987, título IX, artículos 279-295; Ley Nº 1312, Ley de Migración, de septiembre de 1976, artículos 1 y 2; Ley Nº 1289 Código de Familia, de febrero de 1975, artículos 2, 3, 24 y siguientes; Ley Nº 16, Código de la Niñez y la Juventud, de junio de 1978, artículo 4 y siguientes; Decreto-Ley 67, sobre la Organización de la Administración Central del Estado, de abril de 1983, artículo 52, r); Ley Nº 49 Código de Trabajo de 1984, artículo 3 y siguientes; Decreto-Ley 132 sobre los Organos de Justicia Laboral de Base de 1992, etc.

Ver Raimundo Torrado, F., *Derechos humanos en Cuba*, Editora Política, La Habana, 1988, pág. 85 y ss. Para una visión completa del tratamiento legislativo de los derechos humanos en el sistema jurídico cubano.

Siendo así, y a tenor con el propósito del presente trabajo, solamente me ocuparé de analizar el sistema de garantías cubano actualmente existente para asegurar la protección de los derechos humanos, quedando para otra ocasión el análisis del conjunto de derechos y libertades que han sido reconocidos, tanto en la dimensión individual como colectiva.

A tales efectos, establezco una división de dicho sistema en subsistemas, a saber: (i) subsistemas de garantías jurisdiccionales; (ii) subsistemas de garantías no jurisdiccionales, pero jurídicas y, (iii) subsistemas de garantías extralegales. Todo ello para facilitar la mejor exposición del asunto.

Subsistemas de garantías jurisdiccionales

Constituye, al igual que en la generalidad de los países, la garantía por excelencia a los derechos y libertades de los individuos; desde los primeros momentos del liberalismo burgués quedó consagrado el hecho de que existiera un poder, dentro de la trilogía de poderes, cuya función esencial fuera velar porque las otras actuaran en el marco de la Constitución y las leyes, de modo que reinara un respeto hacia los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos y a los individuos, para lo cual se le atribuyó jurisdicción y competencia en materia de conflictos surgidos a raíz de demandas cuya pretensión fuese proteger al titular en el goce y disfrute de sus legítimos derechos. La dimensión de esta garantía ha ido evolucionando a través de la historia del derecho constitucional y en correspondencia con las particularidades de cada país, pero en cualquier caso ha mantenido su misión original, esto es, la protección de los derechos; hoy se ha ampliado tal jurisdicción con la incorporación de otro tipo además de la ordinaria: la extraordinaria.

En Cuba, existe la vía de garantizar los derechos humanos. Es además la más amplia, sólidamente constituida, que acumula una vasta experiencia y cuya eficacia es probablemente superior a las propias de los dos restantes subsistemas.

El prestigio de nuestros tribunales y su composición dual de profesionales y legos, la imparcialidad de los jueces, su independencia, honestidad y autonomía aseguran *prima face* la justicia en las soluciones a los conflictos que surgen en torno al amparo, disfrute y goce de los derechos y libertades. Se caracteriza por ser difusa pues son componentes para ventilar esas cuestiones todos los tribunales, y por ser una jurisdicción ordinaria, pues es la misma-única para las materias restantes.

Las personas que suponen lesionados sus legítimos derechos pueden, y de hecho lo hacen, acudir ante los tribunales populares en busca de la tutela judicial efectiva y de un fallo justo, aunque pudiera finalmente no corresponderse este

último con su pretensión. Tal práctica representa en sí una garantía de apoyo estatal y preocupación en asegurar la realización individual de los derechos humanos.

Pero, a la vía jurisdiccional tradicionalmente le han sido atribuidas, y no con poca razón, un conjunto de deficiencias como son: lo costoso, formal, lento, dilatado y complicado de los procesos que se ventilan ante los tribunales, y a las cuales en el caso cubano debe agregárseles su limitada o más bien nula competencia en materia constitucional, pues hoy ante los tribunales solamente pueden ventilarse cuestiones de legalidad⁹; las limitaciones creadas a determinados procesos, como es el caso del procedimiento administrativo y el habeas corpus y la insuficiente cantidad de derechos que quedan protegidos.

Aun cuando la legislación expresamente fija a la jurisdicción ordinaria entre sus principales objetivos, "amparar la vida, la libertad, la dignidad, el honor, el patrimonio, las relaciones familiares y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos" (art. 4, inciso c) Ley 78/90), considero que todavía son insuficientes e imperfectos los mecanismos jurisdiccionales establecidos para asegurar dicho objetivo. Esto no significa que en materia de protección y amparo jurisdiccional de los derechos humanos no existan resultados positivos, pues ello implicaría estar afirmando que los ciudadanos y los individuos están desprotegidos; la cuestión es que los mecanismos jurisdiccionales actuales son insuficientes y deben ser complementados y perfeccionados.

Por demás, tal subsistema de garantías está caracterizado por su dispersión normativa, esto es, encontrarse en varias leyes y diferentes procesos e instancias.

Todo lo anterior resulta paradójico si tenemos en cuenta la integración cuantitativa y cualitativa del subsistema de garantías jurisdiccionales cubanas. Al revisar la legislación procesal vigente (recuérdese que nuestra Constitución en el establecimiento del sistema de garantías no exhibe grandes virtudes); apreciamos que para defenderse de sus amenazadores y lesionadores el individuo en Cuba posee las siguientes garantías:

- a) El procedimiento de habeas corpus, que protege exclusivamente el derecho a la libertad personal.
- b) El procedimiento civil, especialmente el proceso de amparo a la posesión¹⁰ y el de expropiación forzosa,

⁹ Véase Mariño Castellanos, A., "La función de los tribunales de salvaguardar la Constitución", monográfico, Santiago de Cuba, 1993. Cap. II, pág. 15 y ss.

¹⁰ El amparo de la Ley 7/77 Ley de Procedimiento Civil, Adminis-

trativo y Laboral, es mucho más amplio que el establecido por la Orden 362 de 1900 del Gobierno Militar de ocupación. Para comparar, véase Caneda Acosta, Cecilio A., *El Amparo y su jurisprudencia*, Ed. Cultural, S.A., La Habana, 1953 y Grillo Longoria, R. y otros, *Derecho procesal civil II*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1985, págs. 66-76.

- c) El procedimiento administrativo (contencioso), que protege individualmente cualquier derecho, pero en el supuesto del titular tener la condición de administrado y la lesión venir de la administración pública o sus agentes. Esta vía, aun cuando está muy limitada, ha de cumplir determinantes funciones en este sentido, pues además de los casos en que autoriza las impugnaciones directas contra actos y violaciones provenientes de la administración o sus agentes, legitima al lesionado para que ante esa jurisdicción reclame indemnización de daños y perjuicios en aquellos casos en que no pueda impugnar directamente el acto o la resolución lesionadora¹¹.
- d) El procedimiento penal, que protege determinados derechos, y que si bien son pocos no niega su carácter protector al menos para esos.¹²
- e) El procedimiento laboral, que protege a los individuos con condición de trabajadores en el goce y ejercicio de los derechos laborales, contra las decisiones o actuaciones de la administración de la entidad empleadora. También protege contra las decisiones o actuaciones de los órganos laborales de justicia en el supuesto que lesionen o amenacen sus derechos. Dentro de esta vía jurisdiccional debe incluirse la que se deriva de la actuación de los Organos de Justicia Laboral de Base. Aunque no tiene carácter judicial, el Decreto-Ley 132/90, le atribuyó jurisdicción en materia de conflictos laborales entre trabajadores y la entidad emplea-

trativo y Laboral, es mucho más amplio que el establecido por la Orden 362 de 1900 del Gobierno Militar de ocupación.

Para comparar, véase Caneda Acosta, Cecilio A., *El Amparo y su jurisprudencia*, Ed. Cultural, S.A., La Habana, 1953 y Grillo Longoria, R. y otros, *Derecho procesal civil II*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1985, págs. 66-76.

¹¹ Véase para una comparación entre la regulación tradicional y la actual del contencioso-administrativo, Alvarez Tabio, F., *Procedimiento contencioso-administrativo*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1958, págs. 40-121 y Grillo Longoria, R. y otros, *Derecho procesal civil III*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1985, págs. 74-91.

¹² Véanse los comentarios al Título IV del Código Penal, Ley Nº 21/79 (derogado) de Grillo Longoria, J/A y de Vega Vega, J.

dora, quedando expedita la vía para ese órgano buscar el amparo ante la lesión de derechos.

Sin embargo, a pesar de la existencia de ese arsenal, subsisten deficiencias en el subsistema jurisdiccional. Así, por ejemplo, el hecho de no haber incorporado dentro del mismo fórmulas de protección y tutela a los derechos y libertades individuales, universalmente reconocidos y de probada ejecución como son la revisión judicial surgida en los Estados Unidos de América y el amparo mexicano. Tampoco haber incluido un procedimiento ágil, informal, gratuito y breve que permita, en el supuesto de amenazas o atentados contra los titulares de los derechos y libertades en el goce y disfrute de los mismos, contrarrestar tales actuaciones, actos, decisiones y disposiciones y restituir el derecho quebrantado.

Sin olvidar que subsisten algunos problemas con el cumplimiento de determinadas resoluciones de los tribunales que en la mayoría de los casos declaran el amparo y la protección a los individuos en sus legítimos intereses. Y que, por medio de esas vías jurisdiccionales, es poco viable pedir la protección y el amparo de derechos colectivos. Hay otra deficiencia que si bien no es imputable al subsistema de garantía jurisdiccional a los derechos humanos en Cuba, sí al sistema jurídico nacional y que irremediablemente incide negativamente en la protección de algunos derechos, en especial los denominados socio-económicos, pues impide que el proceso pueda servir para amparar y tutelar a los titulares de éstos. Se trata, de la tendencia a crear regulaciones laborales y administrativas especiales (principalmente en materia de disciplina laboral y política de empleo), que impide o no autoriza que el supuesto lesionado en sus legítimos intereses pueda recurrir a la vía jurisdiccional (de hecho impide la realización de la tutela judicial efectiva) para obtener la protección debida contra los actos, violaciones o actuaciones que considere lesivas.

Por todo lo anterior, el subsistema de garantías jurisdiccionales debe ser reforzado, completado y perfeccionado; no se trata de eliminar las vías existentes sino de crear otra alternativa que remedie las deficiencias e insuficiencias de aquél. Una nueva vía o procedimiento, que eleve las posibilidades de defensa y protección de todos los derechos y libertades individuales y colectivos, a la vez que haga más eficaz la lucha contra aquéllos que desconocen, amenazan y lesionan los derechos humanos; en favor de consolidar la voluntad estatal existente en tal sentido y de asegurar la ejecución de la función estatal interna de creación de un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos.

Subsistema de garantías no jurisdiccionales, pero jurídicas

Para abordar este subsistema partimos de reconocer su carácter secundario respecto al primero descrito, bien sea usado supletoriamente o de manera alternativa a aquél; sin que eso signifique minimizar y subestimar su valor y eficacia, la cuestión radica en que las vías que lo integran poseen determinadas limitantes y peculiaridades que impiden a éstas convertirse en la solución definitiva.

Estas vías son: (i) la queja ante la Fiscalía General de la República o sus dependencias y, (ii) la queja administrativa.

La Fiscalía es órgano estatal que tiene como objetivos fundamentales el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y las demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos, y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado ..." (art. 127 C.R.)

Lo primero a indicar sobre el contenido de ese precepto es que la legalidad a que se refiere debe ser entendida en sentido amplio, al estar responsabilizado de velar por el cumplimiento de toda la legislación, incluida la Constitución, facultad que no implica en ningún caso poder interpretar la misma sino exclusivamente cuidar de su observación y de la materialización de sus preceptos. Tal y como fue propio del modelo constitucional socialista, en Cuba también se encomienda a la Fiscalía la tutela de los derechos individuales¹³, para lo cual recibe las quejas que interponen los particulares en el supuesto de considerarse perturbados o lesionados en sus legítimos derechos. Luego de las indagaciones e investigaciones pertinentes, podrá emitir recomendaciones y propuestas a los organismos y agentes de Estado y cualquiera otra entidad económica y social que haya violado derechos; la Fiscalía también puede ejercitar la acción penal contra aquéllas, además de orientar al lesionado en la utilización de los mecanismos legales correspondientes para restituir el derecho quebrantado.

La limitación más grande que tiene la vía de la queja ante la Fiscalía es que ésta no puede por sí misma instituir el derecho quebrantado; su falta de jurisdicción le impide interpretar y aplicar el derecho, teniendo entonces que recurrir a otras instituciones para lograr la protección definitiva y la condena al agravante. De ser procedente, ejercitará acción ante los tribunales, incluso puede usar la acción de inconstitucionalidad ante la Asamblea Nacional del Poder Popular. También puede remitirse al funcionario, agente o persona que

13 Fix-Zamudio, H., cit. supra, nota 1, pág. 66.

ha lesionado los derechos legítimos de los individuos o a su superior jerárquico, por medio de dictamen razonado, donde además de demostrar el agravio hará las recomendaciones pertinentes.

Como se aprecia, los resultados de dicha actuación tienen efectos indirectos y mediatos, lo cual gravita sobre la eficacia de la labor de la Fiscalía en defensa de los derechos y libertades individuales y colectivos.

La misma conclusión se deriva de la falta de carácter vinculante de sus resoluciones; simplemente, éstas no obligan a sus destinatarios, para lograr la tutela efectiva de los derechos, la Fiscalía depende de la apelación a otras instituciones. Entonces, estamos ante el mismo caso antes expuesto y así sucesivamente.

Más que del remedio jurídico dado¹⁴, la eficacia de la labor de la Fiscalía en defensa de los derechos y libertades individuales y colectivos, depende de la autoridad moral y el prestigio del fiscal del caso y de la buena voluntad del agraviante, sobre todo si no se trata de un particular, pues éste es más fácil de reducir al orden y la legalidad.

Por su parte, la queja administrativa como vía de garantía a los derechos humanos merece desde el principio que le hagamos extensivas todas las críticas y consideraciones que han sido expuestas en la doctrina constitucional al control interno de la administración pública.¹⁵

En primer lugar, debe señalarse que no es eficiente, lo cual es muy común a muchos países, se parece demasiado al autocontrol, sobre el cual han recaído muchas opiniones contrarias a su valor como mecanismo de freno; de igual manera, siempre se ha cuestionado su eficacia para mediar una relación de trabajo (a veces personal) entre el agraviante y su superior jerárquico. Aquí todo depende también, pero en mayor medida, de la buena voluntad del superior jerárquico del impugnado como agraviante.

En segundo lugar, la regulación de ese particular entre nosotros es muy escueta y realmente adolece de poca resonancia jurídica. Está planteada jurídicamente en el inciso r) del artículo 52 del Decreto-Ley 67/83, como uno de los deberes, atribuciones y funciones de los organismos de la administración central del Estado; formulación a partir de la cual se deriva que al jefe del organismo en cuestión se le hace extensivo ese deber, otorgándole un plazo de 60 días para

14 Véase el Reglamento de la Fiscalía General de la República y las Instrucciones.

15 Véase, Mariño Castellanos, A., "El ombudsman cubano: una propuesta", ponencia, Santiago de Cuba, 1994, pág. 9 y ss.

responder la queja administrativa planteada. Tal precepto se explica por sí solo.

Por las características que posee la vía de queja administrativa, no es difícil inferir que su eficacia entre nosotros no ha de ser mucha, y si a ello sumamos las peculiaridades del procedimiento administrativo (contencioso) cubano y la falta de carácter vinculante de las resoluciones del Fiscal, podemos inferir que donde es más débil el sistema de garantías a los derechos y libertades individuales y colectivos, es cuando éstos entran en relación con la administración pública y ante la cual están prácticamente indefensos, justamente ante ella, que ha sido tradicionalmente reconocida como la que más lesiona los derechos humanos.¹⁶

Subsistema de garantías políticas

En el caso de Cuba y aunque pudiera ser paradójico a los no nacionales, es el subsistema que exhibe grandes resultados positivos en lo que se refiere a la recepción, tramitación y solución de las quejas de los individuos en los supuestos de amenazas o lesión en sus legítimos intereses. Sin embargo, no es extraño, porque la autoridad moral y el reconocimiento social del Partido Comunista de Cuba ha incidido resueltamente en ello.

Empero, eso no es una vía legal de protección de los derechos y libertades de los individuos, sólo puede hacer alertas y sugerencias de carácter político al identificado como agraviante, mas éstos no tienen carácter vinculante ni son utilizables en el caso de que los violadores sean particulares.

Sin descontar, claro está, que no es el mecanismo ideal para una sociedad democrática como la nuestra, y que esa no es función social del Partido ni de sus dirigentes, cuadros y funcionarios.

Con todo lo hasta aquí dicho, se puede concluir que el sistema de garantías para proteger y tutelar los derechos y libertades individuales y colectivos en Cuba está urgido de transformación que conduzca a su perfeccionamiento y a la elevación social de su eficacia.

Parte II La parte anterior fue una caracterización del actual sistema de garantías a los derechos y libertades individuales y colectivos en Cuba. Allí pusimos al descubierto las que en nuestra consideración eran las principales deficiencias y limitaciones del mismo, lo cual nos condujo a concluir que era menester llevar a cabo las transformaciones que dieran al traste con esa

16 *Ibidem.*

situación y que implicarían, además del perfeccionamiento de dicho sistema, una mayor protección y respeto a los derechos humanos en la sociedad cubana.

A tales efectos, en el presente capítulo hacemos una propuesta o posible solución, alejándose del criterio de las soluciones transitorias y a medias, en las que se evita una reforma constitucional y la menor cantidad posible de cambios legislativos, institucionales y estructurales, para pasar a la definitiva, a partir de las exigencias actuales en nuestra sociedad y de las que demanda la situación internacional. Hemos tenido en cuenta, en primer lugar, las experiencias del constitucionalismo cubano; luego, el latinoamericano y finalmente el norteamericano y el europeo; de manera que en nuestra propuesta se asimile lo más avanzado y progresista del pensamiento y de la práctica constitucional universal, pero, sin perder de vista la situación económica y política concreta de nuestro país, para asegurar así el carácter autóctono de la referida solución.

No esperamos que la propuesta que a continuación vamos a exponer sea la panacea jurídica a todos los problemas de violaciones e irrespeto a los derechos humanos en la sociedad, pero sí confiamos que en el peor de los casos ello contribuiría a fomentar un sólido clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos, tanto en su dimensión individual como colectiva.

Lo primero, es ratificar que no se debe eliminar ninguno de los subsistemas y sus diferentes vías relacionadas antes, sino adicionar otro que complete al sistema y que contribuya a que el mismo funcione con el debido carácter sistémico, a partir de la máxima de que el fin justifica cualquier medio o todos los medios empleados. En materia de derechos humanos, todos los mecanismos, vías y medios que se empleen para garantizar su respeto y protección son válidos; mientras más vías tenga el individuo o grupo de éstos para defender sus derechos y libertades, mejor; sin que el asunto sea simplemente, aumentar la cantidad de vías sino asegurar, además, la eficacia del sistema y la sistematicidad en su funcionamiento.

La sociedad cubana debe incorporar a su sistema de garantías a los derechos humanos, una de las vías universalmente instituidas como es el caso del amparo constitucional, concebido como parte del subsistema de garantías jurisdiccionales, pero con carácter extraordinario. Esto quiere decir que será un mecanismo de defensa y protección de los derechos humanos y libertades individuales y colectivos inaccesible para la jurisdicción ordinaria y para los tribunales ordinarios; de competencia exclusiva de un órgano de jurisdicción especial, esto es, un tribunal constitucional.

En la práctica constitucional mundial y en la expe-

riencia constitucional cubana prerrevolucionaria, se puede constatar cómo ha sido el funcionamiento de los diferentes tribunales de jurisdicción especial para conocer y ventilar entre otras materias, las cuestiones referentes a la protección de los derechos y libertades de los individuos; resalta que si tales órganos han adoptado a veces decisiones absurdas, contrarias a toda lógica y al elemental raciocinio, justificando incluso la más grosera violación a los derechos humanos, es cierto también que en la mayoría de sus decisiones se han pronunciado en favor de la protección y la tutela de dichos derechos, contrarrestando las actuaciones y actos arbitrarios e ilegítimos de los poderes públicos y de otros operadores sociales. Asimismo, han declarado inconstitucionales disposiciones que limitaban, restringían o negaban derechos y libertades previamente reconocidos en la Constitución.¹⁷

Ha ocurrido, como en casi todas las cosas que son diseñadas y manipuladas por los hombres, por esos que no son perfectos, que poseen virtudes y defectos, que han resultado a veces susceptibles a los sobornos y las presiones políticas, pero ello no puede ser argumento para negar ni minimizar la validez de los mecanismos, éste puede ser bien concebido y tener resultados negativos, justamente gracias a la mala manipulación de sus resortes.

Los tribunales constitucionales de jurisdicción especial en materia de derechos humanos, tienen en definitiva los mismos defectos de cualquier tribunal ordinario; sin embargo, se diferencian de este último en que:

se asegura la uniformidad en una cuestión trascendental, como es la interpretación de la Constitución; se asegura una mayor calidad en el tratamiento a los derechos, a cuenta de la composición de los tribunales y los requisitos de experiencia y profesionalidad que se exigen;

se establecen mecanismos de revisión de las resoluciones de los tribunales ordinarios, que en su contenido pueden implicar lesiones a derechos y libertades de los individuos;

se asegura el establecimiento de un procedimiento con características diferentes a los procedimientos ordinarios, superándolo por la sumariedad, preferencia, informalidad, agilidad y gratuidad.

Todas esas ventajas hacen del Tribunal Constitucio-

17 Mariño Castellanos, A., *op. cit.*, supra, nota 4, Capítulos II y III, págs. 30 y ss.

nal un fuerte candidato que, finalmente, debe ser responsabilizado con la tutela y protección de los derechos humanos.

Todo lo anteriormente planteado supone hacer grandes modificaciones en nuestro sistema: (i) Institucionalizar un nuevo procedimiento para la defensa y protección de los derechos humanos; esto es, el proceso de amparo constitucional, de características diferentes a las ahora existentes, tal y como señalamos antes; (ii) Crear un nuevo órgano judicial, con jurisdicción distinta a la ordinaria, es decir, un tribunal constitucional.

El proceso de amparo constitucional implicará remediar los defectos señalados en el sistema de garantías actualmente vigente en Cuba, pues ha de asegurar la defensa y tutela de todos los derechos y libertades individuales y colectivos, constitucionales y legales, hoy no integral, suficiente y eficazmente protegidos por los subsistemas que integra el susodicho sistema. Permitiría el rápido reconocimiento y la restitución a los titulados lesionados, que implica el cese inmediato de la lesión y la indemnización por el agravio, el daño y los perjuicios ocasionados.

Igualmente, protegerá a las personas en sus legítimos derechos e intereses ante disposiciones normativas lesionadoras, ejerciendo contra las mismas la acción de inconstitucionalidad, como forma de mantener el respeto a los derechos humanos y para sanear el sistema jurídico nacional y guardar la validez y fuerza jurídica superior de la Constitución de la República.

Los requisitos para la utilización del amparo constitucional serán: (i) Demostrar un interés individual o colectivo legítimo amenazado o lesionado, según el caso; (ii) Agotar la vía administrativa y judicial precedente, a menos que el agravio o atentado implique una violación masiva de los derechos humanos; (iii) Que el daño no esté consumado y de estarlo que persista sus efectos nocivos; (iv) Que no hayan transcurrido seis meses desde el inicio de la amenaza o lesión; (v) Que la amenaza o lesión recaiga sobre derechos y libertades individuales y colectivos de los reconocidos en la Constitución y las leyes.

Por su parte, el Tribunal Constitucional estará compuesto por nueve magistrados que reúnan una vasta experiencia profesional y posean una alta calidad profesional y técnica, no perteneciente a ningún otro órgano judicial ni a ninguna otra institución estatal, política o social, los que serán elegidos por la Asamblea Nacional del Poder Popular para un período de cinco años, y cuyo funcionamiento será regido por los principios que organizan y dirigen la actividad de los órganos estatales. Ello no puede implicar en ningún caso la limitación a su arbitrio judicial y a su independencia funcional.

Tal tribunal pertenecerá al sistema de órganos ju-

diciales del país, pero no estará subordinado al Tribunal Supremo Popular, no recibirá instrucciones de órgano o instituciones algunas, estando sólo obligado a rendir cuenta de la eficacia de su labor ante la Asamblea Nacional del Poder Popular, a los solos efectos de su reelección o revocación.

Sus atribuciones de manera general serán:

- Guardar la Constitución e interpretar su contenido siempre que sea necesario para la solución de un proceso.
- Conocer y decidir sobre los procesos de amparo constitucional.
- Conocer y decidir sobre los procesos de inconstitucionalidad de la parte afectada promovidos en defensa de derechos y libertades individuales y colectivos.
- Ejercer la acción de inconstitucionalidad para la defensa política de la Constitución ante la Asamblea Nacional del Poder Popular, en los casos de disposiciones declaradas en dos ocasiones desapplicables por inconstitucionalidad.
- Dirimir los conflictos entre leyes, siempre que la colisión de éstas recaiga sobre relaciones jurídicas concretas.
- Evacuar las consultas que en materia de inconstitucionalidad eleven los tribunales y jueces ordinarios.
- Conocer y decidir los procedimientos extraordinarios de revisión contra sentencias firmes de la jurisdicción ordinaria, cuando se argumente lesión a los derechos y libertades individuales y colectivos.

Sus resoluciones tendrán carácter declarativo que encerrarán efectos indicativos para los tribunales ordinarios, en los casos en que se declare la violación de los derechos humanos, es decir, éstos tendrán que dictar nuevos fallos. En el caso de procesos de inconstitucionalidad sus resoluciones solamente declararán la inaplicación de la disposición tachada de inconstitucional. Igualmente, podrán hacer recomendaciones a los órganos del poder estatal, al gobierno y a la administración pública.

Conclusiones Dada la situación que presenta el actual sistema de garantías a los derechos humanos en Cuba, es preciso -urge- introducir cambios legislativos e institucionales que favorezcan la defensa rápida y eficaz de los mismos, de modo que en nuestra sociedad se consolide un clima de cultura, respeto, realización y protección a los derechos y libertades individuales y colectivos.

Para ello, y en favor de la solución definitiva en la situación actual, se debe introducir en nuestro sistema jurídico el proceso de amparo y crear el Tribunal Constitucional.

El Ombudsman cubano: una propuesta

Angel Rafael Mariño Castellanos

Profesor asistente
Universidad de Oriente, Facultad de Derecho
Santiago de Cuba, marzo de 1994

Introducción

Ante la misión de respetar y proteger los derechos humanos, cada Estado, además de asumir entre sus funciones internas esa actividad, imprime al sistema de garantías nacional las características que corresponden según la propia situación del país. De ahí que no todos los mecanismos de tutela sean iguales. Existen, sin embargo, instituciones que se han universalizado a cuenta de su probada eficacia y los buenos resultados de su labor; es el caso de la institución de Ombudsman.

El Ombudsman ha sido incorporado a una gran cantidad de sistemas de garantías nacionales, sobre todo a partir de la segunda posguerra, coincidiendo con el cambio de concepción que ocurrió en el mundo respecto al tema de los derechos humanos y su defensa y protección.

En tanto el Estado socialista cubano tiene, desde su fundación misma en 1961, como tarea fundamental elevar la dignidad humana a su "superior altura" y propiciar el pleno desenvolvimiento de las potencialidades del ser humano, es necesario que incorpore a su sistema de actividades estatales la función interna de la creación a nivel de toda la sociedad de un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos, para lo cual resulta una tarea ineludible el perfeccionamiento del actual sistema de garantías a los derechos y libertades individuales y colectivos existentes en Cuba.

En ese empeño cobra mucha importancia el análisis sobre la posible incorporación de la institución del Ombudsman en el sistema jurídico nacional cubano.

Parte I La función estatal interna de crear un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos.

Establecer a nivel social un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos¹ es una de las funciones internas más importantes de todos el Estado democrático.

Tal actividad supone una serie de tareas encaminadas a propiciar que en la sociedad todos los individuos tengan la posibilidad de desarrollar todas sus potencialidades humanas y sociales, que significa realizarse plenamente como ser social. Dicha función interna es denominador común hoy a los Estados socialistas y capitalistas, pues su carácter teleológico es inherente a toda la sociedad moderna y civilizada, donde hayan sido establecidos como valores superiores del ordenamiento jurídico² de la democracia y la libertad política. Y no es que pretendamos negar diferencias existentes entre las ideologías burguesa y socialista ni compartimos las posiciones postmodernas que enfatizan en la despolitización y la desideologización de procesos sociales; actualmente, ello sólo nos conduciría a no reconocer la esencia y la naturaleza clasista del Estado como fenómeno social y, por lo tanto, desconoceríamos las diferencias político-clasistas del Estado capitalista y el Estado socialista. Tampoco vamos a enarbolar la teoría de la convergencia como remedio a las diferencias; aun cuando el sistema socialista mundial y la ideología comunista están en aparente franca crisis, insistimos en su fuerza como modelo de sociedad garantizadora de una verdadera justicia e igualdad social, en donde el hombre es cima y centro del complejo social y donde existirán todas las condiciones materiales y sociales para el libre desenvolvimiento y la realización plena del ser humano.

Las diferencias entre los dos tipos históricos de estados existieron, existen y existirán, pero en tanto el hombre es ser social, tanto aquí como allá, es el elemento central integrador y conformador del colectivo social en la sociedad capitalista y socialista, entonces, en ambas ha de procurarse todo lo necesario para que el hombre (ser social) desate todas sus capacidades y potencialidades y realice sus sueños y aspira-

1 Aquí no entramos en la cuestión doctrinal de la denominación de los derechos; usamos lo que se emplea en la convocatoria del evento. Para una explicación excelente sobre ello, véase Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*.

2 Véase, Mariño, Castellanos, A.; Méndez López, J. y Cutie Mustelier, D., "Dos pilares básicos de la Constitución: los valores superiores y el sistema de garantías individuales", monográfico, Santiago de Cuba, 1993, capítulo II, pág. 10 y ss.

ciones, en medio de un ambiente social no represivo ni hostil, quedando únicamente como límites de su libre desenvolvimiento los derechos de los demás hombres, los intereses colectivos donde ocurre ese desenvolvimiento y los de la sociedad. Asegurar tal cosa es función estatal, se trate de un Estado de esencia burguesa o socialista.

Y es que los derechos humanos no son patrimonio de un determinado tipo de sociedad, ni los inventó o fomentó ningún Estado en particular; simplemente constituyen patrimonio de la humanidad, el fruto de largas y sufridas luchas durante la historia humana contra regímenes explotadores, despóticos y tiránicos, y en cada etapa de la historia universal se han ido incorporando nuevos elementos, hasta llegar a conformarlos hoy como un todo; por ello han de conceptualizarse como universales, iguales, indivisibles, inalienables e interdependientes.

Las diferencias entre el Estado burgués y el socialista se siguen dando en el marco del régimen de propiedad existente sobre los medios fundamentales de producción; en las formas de distribución, apropiación y consumo de las riquezas nacionales y del producto social bruto; en la existencia o no de la explotación del hombre por el hombre, y en las diferencias sociales que se fomentan y existen en y otro tipo de sociedad (ambas cosas dependen a su vez de las dos anteriores); en la manera en que se ejerce el poder político-social y en los grupos sociales (clases) que detentan la titularidad del mismo.

Hay, sin embargo, otro tipo de diferencia entre los distintos países y sociedades que no se deriva exactamente de la esencia y la naturaleza política del tipo histórico del Estado en ellos constituido sino que radica en el grado de desarrollo económico alcanzado; indicador que en honor a la verdad posee tanto peso como el del carácter clasista del Estado, en tanto las consecuencias sociales que de ello se derivan alcanzan mucha significación en el asunto de los derechos humanos, sobre todo en la condicionalidad material para la realización de los mismos y en la capacidad estatal para enfrentar la referida función interna.

Vale pues, responsabilizar al Estado (burgués o socialista) de la creación de un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos y libertades individuales y colectivos a nivel de toda la sociedad.³

3 Véase Fix-Zamudio, H., "La justicia constitucional en América Latina", en *Lecturas constitucionales andinas*. 1. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991, págs. 67 y ss. También "Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos", en *Colección Manuales 1991/5*, Comisión Nacional de Derechos Hu-

El Estado que no asuma tal responsabilidad de modo integral, con seriedad y esmero, además, está alejado de los ideales democráticos y humanistas y en definitiva desconocerá, subestimaré, despreciará y violará los derechos humanos. Por ello, el Estado que pretenda hacer del país donde ejerce su poder político y de la sociedad que dirige y con la que interactúa, un paradigma de los derechos humanos, ha de establecer como política general el respeto, la realización y la protección de los mismos; para lo cual, además de reconocer en toda su integridad el conjunto de derechos y libertades individuales y colectivos universalmente reconocidos, trabajará por crear la condicionalidad material que permita la realización y la viabilidad social de los mismos, y establecerá un férreo y eficaz sistema de garantías para proteger y tutelar los referidos derechos humanos ante y frente a las amenazas, limitaciones y lesiones de éstos, ocasionados por individuos o grupos y por cualquiera de los operadores estatales, políticos, económicos y sociales, así como sus agentes, que interactúan a escala social.

Nadie por tanto estará autorizado y menos legitimado ante ninguna situación para violar los derechos humanos y la limitación y la suspensión en el disfrute de los mismos tendrá carácter legítimo y justificado cuando se realicen bajo las prescripciones legales previamente establecidas, las que preferentemente han de ser excepcionales y provocadas por un actuar desmedido del titular y de consecuencias lesivas para otros; también por situaciones especiales o un estado de excepción preestablecido.

Ninguna sociedad está libre de que en su seno se cometan amenazas, limitaciones y lesiones de los derechos humanos individuales y colectivos; lo contrario es muy poco probable y se parece más a la demagogia que a la realidad; lo importante es que el Estado propugne y siga una política general de cultura, realización y respeto, de modo que ante las violaciones se active casi automáticamente el sistema institucional-social (garantías) creado para, en primer lugar, restituir o reponer al titular agraviado y posteriormente, condenar al violador en el triple sentido de que (i) sea anulada o reprimida tal actuación, (ii) indemnizado el agraviado y (iii) se abstenga en lo sucesivo de reincidir en esa actuación so pena de ser nuevamente y más crudamente condenado.

Tradicionalmente en regímenes no democráticos: dictaduras militares y regímenes autoritarios, los mecanismos de protección y tutela de los derechos y libertades individuales y colectivos no son establecidos o no funcionan

manos, México, 1991, págs, 169 y ss.

eficazmente, gracias a la impunidad en que quedan determinadas instituciones e individuos luego de haber ilegítimamente lesionado derechos y libertades con sus actuaciones; sin embargo, ese problema hoy sigue existiendo en sociedades democráticamente constituidas, donde el Estado no asume una política general en favor de los derechos humanos y donde la función estatal interna de crear un clima de cultura, respeto, realización y protección a los mismos, no ocupa un lugar central en la actividad estatal.

La función estatal interna de crear un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos tiene una triple dimensión que se concreta en lo siguiente:

1. *El reconocimiento de un amplio conjunto de derechos y libertades individuales y colectivos que incluye los de la primera, segunda y tercera generación de derechos humanos, tal y como está entendido y comprendido hoy universalmente.*

Para ello han de servir de guía todos los documentos internacionales aprobados por organismos internacionales y regionales.⁴

Tal reconocimiento no debe romper con el carácter integral e individual que los derechos humanos tienen, lo cual implica no establecer jerarquizaciones normativas y prácticas entre los mismos, esto es, darle a todos el mismo rango, un tratamiento igual e idéntica protección y tutela.

Esta tarea lleva implícito el realizar una labor de divulgación y educación a nivel social en torno al asunto de los derechos humanos; en función de ello el Estado debe poner todos sus mecanismos institucionales y estructurales de propaganda y comunicación social, además de apoyarse en los mecanismos de las demás organizaciones sociales y de masas. Aquí los medios justifican el fin: crear en los miembros de la sociedad una cultura en torno a los derechos humanos, que incluye un amplio y profundo conocimiento, valores y convicciones positivas y una actitud propia de respeto y exigencia de respeto a los demás, condición previa para elevar a nivel superior la solidaridad humana.

2. *La creación de la condicionalidad material que propicie la viabilidad social de los derechos y libertades reconocidos para que sea efectiva su realización, disfrute y ejercicio.*

4 Una compilación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. Naciones Unidas, Nueva York, 1988.

Esta tarea es hoy meta aún por alcanzar para muchos Estados, justamente cuando es el sustento principal para poder escribir a nivel social las banderas paradigmáticas de los derechos humanos.

No basta con reconocer un conjunto amplio de derechos y libertades si no están aseguradas las condiciones sociales que propicien su realización, disfrute y ejercicio, como tampoco es suficiente tener institucionalizado un férreo sistema de garantías, sin haber creado las exigencias para una viabilidad social de aquéllos.

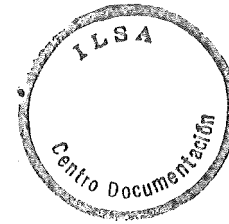
Entonces, una sociedad donde el Estado no asegure una justicia distributiva, empleo para todos y subsidio para los desamparados, seguridad social y vacaciones pagadas a los trabajadores, educación gratuita, asistencia social para los desvalidos y las personas de la tercera edad, hospitales públicos y salud pública gratuita, etc., no ha cumplido dicha tarea totalmente y tendrá que continuar trabajando para lograrlo.

Alejados de esa condicionalidad material los derechos humanos, todo queda todavía en el estrecho marco de la retórica y la demagogia y el reconocimiento es entonces formal. En la misma medida en que un Estado logre crear condicionalidad material, más se acerca a lo perfecto e ideal en materia de derechos humanos y mayores posibilidades existen en la sociedad para la existencia real de los mismos; porque ella es requisito *sine qua non* para la efectiva realización, disfrute y ejercicio de dichos derechos.

Sin embargo, aun cuando la condicionalidad material es la panacea económica para poder hablar de la realización de los derechos y libertades individuales y colectivos en la sociedad, no implica *per se* el respeto y la protección a los mismos. Por ello es otra de las tareas inherentes a la función interna de crear un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos, la institucionalización de un férreo y múltiple sistema de garantías.

3. *La institucionalización de un férreo y múltiple sistema de garantías para asegurar la protección y la tutela de los derechos y libertades individuales y colectivos.*

Como quiera que la sociedad la conforman y conviven en ella hombres, queda sujeto su funcionamiento y su existencia misma a la labor que éstos realicen, pero estos hombres que deseen edificar y construir



una sociedad perfecta no son perfectos ellos mismos, poseen virtudes y defectos, cometen errores con la misma fuerza e inteligencia con que diseñan, construyen y manejan los más sofisticados adelantos científicos y técnicos. Incluso las mejores instituciones y mecanismos sociales diseñados por el hombre están permanentemente bajo la amenaza de sucumbir ante el actuar desmedido y arbitrario de sus constructores, que a veces conscientes o inconscientes se alejan y contraponen al código social de conducta, originando así una lesión a otros y a la sociedad misma. Sin olvidar que determinados mecanismos pueden funcionar mal, volverse obsoletos o simplemente ineficaces.

Tal reflexión es extensiva al objeto en estudio y apoya las consideraciones que siguen:

Como lo anterior es cierto, el Estado ha de dirigir también su actividad a crear primero, y luego a institucionalizar un mecanismo que sirva de contrapeso y freno a los defectos y errores de hombres y al mal funcionamiento de instituciones y otros mecanismos, con el fin de asegurar la protección y tutela a los individuos y colectivo en el pleno goce, ejercicio y disfrute de sus derechos y libertades, que es a su vez asegurar un clima de paz, buena convivencia, estabilidad y justicia a nivel social.

Para lograr el cumplimiento de esa tercera tarea, es justificado y legítimo que el Estado utilice todas las vías y medios posibles: jurídicos, políticos y sociales, sin que sean excluyentes, pero eso sí, funcionando como un sistema, de modo que el conjunto represente muchas más garantías y seguridad para los derechos humanos que cada elemento integrante aisladamente. La razón de ser de ese sistema de garantías es proteger a los titulares de los derechos y libertades en el disfrute, goce y ejercicio de los mismos. Entonces, el sistema de garantías de los derechos humanos es el conjunto de vías y medios institucionalizados a nivel social para amparar y proteger los derechos y libertades individuales y colectivos.

Tal sistema puede estar integrado por subsistemas jurisdiccionales y no jurisdiccionales, en donde participe directamente el Estado, a través de sus instituciones en su condición de garante primero, y por un subsistema no estatal que utilice todas las potencialidades sociales existentes.

Evidencia de que la creación de un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos en función estatal, sistema inherente a cualquier tipo de Estado, es la cantidad de actividades que en éstos se realizan a nivel mundial con ese objetivo. Este siglo ha sido pródigo en ese sentido. Tanto los Estados capitalistas ya formados, como los socialistas que comenzaron a surgir, incluyeron aquélla entre sus funciones esenciales. Es cierto que no en todos se han logrado los avances necesarios ni se han cumplido todas las exigencias, incluso algunos han tenido períodos "negros" en su historia nacional, en los que han pasado a planos principales la violación, a veces flagrante y masiva, de los derechos humanos. Las dictaduras militares, los regímenes autoritarios, los gobiernos de facto, los regímenes coloniales, el apartheid y el racismo han burlado todos los derechos y libertades de pueblos enteros, grupos sociales y minorías, incluyendo a los individuos que lo conforman.

Sin embargo, y a pesar de estas tristemente célebres experiencias, el mundo ha experimentado en este siglo XX grandes cambios de concepciones, de posiciones y de políticas en torno al problema de los derechos humanos.

El surgimiento del sistema socialista, la derrota del fascismo, la aparición de la Organización de Naciones Unidas, sus organismos internacionales y sus documentos fundamentales, la aparición de la segunda y tercera generación de derechos humanos y la dimensión colectiva de éstos, la transformación del Estado liberal burgués en Estado social y democrático de derechos, descolonización y el surgimiento de organismos e instituciones internacionales y regionales ocupados de ese problema como tarea fundamental, es la muestra más clara de la nueva y constructiva postura de los Estados ante el tema de los derechos humanos. De modo que la susodicha función ha traspasado los estrechos límites nacionales para ser actividad de rango internacional.

Claro que la posibilidad de dar rango internacional a la función de creación de un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos ha sido solamente posible gracias a que cada Estado, al menos la gran mayoría, previamente la había asimilado entre sus funciones internas.

La universalización de instituciones eminentemente garantistas, como la revisión judicial norteamericana, el amparo mexicano y el Ombudsman escandinavo, ratifican nuestras anteriores afirmaciones. Esas instituciones que habían aparecido en el siglo XIX, en 1803, 1809 y 1857, respectivamente, fueron rescatadas e incorporadas a casi todos los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente y con mayor fuerza, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. La

motivación está al descubierto: fomentar una sólida cultura de respeto y protección a los derechos humanos para lo cual ampliaron los entonces instituidos sistemas de garantías, incorporándoles las experiencias extranjeras a cada derecho nacional a partir de sus propias peculiaridades.

De esas tres instituciones, la revisión judicial, el amparo y el Ombudsman, sólo nos ocuparemos de esta última en correspondencia con el propósito de este trabajo, cual es argumentar las razones por las que entendemos y proponemos en el Capítulo final la institucionalización del Ombudsman cubano. En este capítulo, como paso previo y para ilustrar en la mejor comprensión de la institución del Ombudsman, hacemos una caracterización de la misma y un breve análisis comparado de las formas que ésta ha adoptado en los diferentes países que la incorporaron a sus ordenamientos nacionales.

La razón fundamental por la que hacemos en este capítulo solamente una breve exposición, se debe a la inmensa cantidad de libros, artículos, ponencias y trabajos referidos al tema, que incluyen aspectos conceptuales y de definiciones teóricas, análisis jurídicos comparados y exposiciones legislativas. En materia de Ombudsman, queda poca novedad por decir. El Ombudsman⁵ es un fruto del sistema jurídico sueco, que apareció en 1809 como una institución que se ocuparía de representar (su denominación literal es representante) los intereses de los particulares ante poderes públicos, según encargo a éste por el Parlamento. Sus motivos fundamentales son a nuestro entender los pocos mecanismos con que contaba el individuo para tutelar sus legítimos intereses en medio de un Estado liberal, abstencionista y de un ordenamiento jurídico-constitucional que reservaba al agraviado como vía principal -única- la jurisdiccional.

Su existencia exclusiva en Suecia durante todo el siglo nos parece lógica, pues el Ombudsman era una institución -pieza- que desentonaba en relación con el esquema constituocinal liberal-burgués⁶. Los teóricos, ideólogos y políticos de la burguesía miraron, seguro con asombro, esa innovación y por tanto se resistieron a explicarla, apologetizarla y defender su extensión a los países a los cuales se les había "vendido" el esquema original, mucho menos a incorporarla en sus propios países.

Sólo la comprobación de las insuficiencias de dicho

5 Véase, entre otros, Fix-Zamudio, H. cit. supra nota 2, págs. 189 y ss. Córdoba Triviño, J., *El Defensor del Pueblo*, Ediciones.

6 Para la caracterización del modelo constitucional liberal-burgués, véase, Mariño Castellanos, A., "El control constitucional en Cuba", monografía, Santiago de Cuba, 1993, Capítulo 1, págs. 3-27.

esquema en materia de protección y defensa de los derechos y libertades individuales y las transformaciones posteriores que se dieron en el Estado burgués y en las sociedades capitalistas. En este siglo, ya condicionadas a partir de la segunda mitad del siglo pasado, aconsejaron el conocimiento, estudio, explicación doctrinal y la posterior incorporación del Ombudsman en las diferentes sociedades y ordenamientos capitalistas.

Esa evolución y subsiguiente asimilación tardía inicialmente se convirtió a partir de la segunda posguerra en "meteórica"⁷, acabando finalmente por convertirse en una "institución universal".

Pero, muy especialmente, favoreció la extensión a disímiles países y sistemas jurídicos, de la institución del Ombudsman, el cambio en la manera de entender, conceptualizar y regular los derechos humanos que ocurrió a nivel internacional después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, la creación de la Organización de Naciones Unidas y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de diciembre de 1948, siendo esta última la expresión jurídica de esa nueva mentalidad hacia los derechos humanos. Por ello hoy, son muchos los países que tienen instituida la figura del Ombudsman, aunque con diferentes denominaciones y las peculiaridades imprimidas por las exigencias correspondientes al sistema jurídico nacional concreto.⁸

La institución del Ombudsman ha sido incorporada así a los diferentes sistemas de garantías y protección a los derechos nacionales, no como una panacea jurídica a todos los atentados y amenazas que sobre los referidos derechos recaen, tampoco para sustituir los mecanismos y vías de protección y tutela existentes; ello responde más bien al ánimo de completar y ampliar el dicho sistema de garantías, de manera que los individuos tengan asegurado el respeto, y ejercicio de sus derechos y libertades.

El Ombudsman es garantía no jurisdiccional a los derechos humanos, con sus medios propios de protección, que actúa siempre en favor de los titulares de aquéllos y el no tener medios coactivos (magistratura de opinión) de sancionar no ha impedido el logro de resultados positivos en su tarea esencial.

Los resultados del funcionamiento de la institución no dependen directamente de la forma de elección o designación (lo que a su vez es consecuencia del país y del sistema jurídico concreto), puede ser elegido por el parlamento y estar

7 Expresión de Fix-Zamudio H. ob. cit. supra nota 2, Pág 189.

8 Cit. supra nota 4.

vinculado con éste, depender del Ejecutivo o estar asociado a él o pertenecer a la Procuraduría General. Su origen no es lo trascendente sino la existencia real de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, sin estar sujeto a presiones políticas, a situaciones circunstanciales ni a injerencias en su actividad; por ello, en aras de poder cumplir eficientemente su papel debe mantenerse al margen del "juego político".

La experiencia del Ombudsman, en sentido general, es muy positiva (i) como medio jurídico que puede prevenir conflictos entre las autoridades administrativas y los particulares afectados, (ii) para solucionar rápidamente dichos conflictos sin necesidad de acudir a la vía judicial, (iii) también cuidando que la actividad administrativa sea eficiente y diligente, para lo cual señala sus defectos y propone los medios para corregirlo.⁹

Aun cuando del Ombudsman tiene como misión fundamental la defensa y protección de los derechos individuales, es también una vía para controlar la administración pública y no solo la civil pues en algunos sistemas incluye en su campo de acción la judicial y la militar (España) aunque con algunas limitaciones; ambas funciones se complementan, en tanto los individuos-administrados son los que sufren las consecuencias del actuar negligente, arbitrario, poco diligente e ilegal de la administración pública. Esa amenaza de daño y lesión a los individuos-administrados en sus legítimos intereses y derechos ha crecido de manera considerable proporcionalmente con el aumento de la relación administrativa-administrado, que se deriva del Estado social y del carácter intervencionista que éste ha adquirido.

Efectivamente el Estado social (implantado hoy en la mayoría de países occidentales y latinoamericanos) implicó un viraje total en el reconocimiento -de hecho amplió el conjunto- de los derechos humanos y en el enfoque de la protección y garantía de los mismos.¹⁰

Se conformó como un Estado cuya caracterización básica es su intervencionismo, sobre todo a través de la admi-

9 Fix-Zamudio, H. cit. supra nota 3, pág. 191.

10 Sobre el Estado Social, sus implicaciones y los cambios que introduce en la actividad administrativa, Véase, entre otros, García Pelavo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Edición Alianza Universitaria, Madrid, 1977. Parejo Alfonso, L., *Estado social y administración pública*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1983.

Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975; y *Problemas actuales del Estado social de derecho en Alemania*, Madrid, 1996.

nistración, pieza clave en el logro de los beneficios sociales a establecer (justicia distributiva, pleno empleo, programa de asistencia social a desvalidos y desempleados, etc.); la administración se identifica como prestadora de servicios sociales. Si a las características tradicionalmente atribuidas a las administraciones públicas, tales como falta de diligencia, negligencia, excesos, arbitrariedades y la propia inactividad, sumamos el inmenso y diversificado poder adquirido por ésta con el referido "Socialismo democrático", existen sobradas razones para prestar atención al tema de las amenazas que diariamente pesan sobre los derechos y libertades de los individuos e incluso de los diferentes colectivos que éstos conforman.

Con razón se ha apuntado en la doctrina administrativa y constitucional que la protección de los derechos de los administrados ante la administración pública es una tarea ineludible de todo sistema democrático y de derecho; sobre todo, debido al imponente y desorbitado crecimiento de las actividades administrativas y las mayores posibilidades de esa terrible enfermedad de nuestros tiempos que es la arbitrariedad administrativa¹¹.

Justamente por esas razones cobra tanta importancia la institución del Ombudsman, y porque hay conciencia de que resultan ya insuficientes para proteger los derechos y libertades de los gobernados los instrumentos garantistas tradicionales.

Las ventajas en la actuación del Ombudsman respecto a la vía jurisdiccional, generalmente costosa, complicada y lenta, es que se erige como una vía ágil, gratuita, rápida y flexible. Además, tiene un campo de fiscalización más amplio que el del juez; no sólo vigila la aplicación de la ley sino que examina prácticas administrativas y formas de actuación que no quedan bajo el control jurisdiccional, como son la moral administrativa, la falta de diligencia, la negligencia y la ineficiencia.

Con independencia de las particularidades que el Ombudsman ha adquirido en cada país¹², la institución tiene como características generales las siguientes:

- defiende y protege los derechos y libertades individuales y colectivos;
- controla la administración pública;
- sus resoluciones no tienen carácter vinculante y no poseen medios coactivos;
- posee autonomía e independencia funcional respecto a cualquier otro órgano;

11 Fix-Zamudio, H. cit. supra nota 2. pág. 190.

12 Córdoba Triviño, J., cit. supra nota 4, págs. 191-193.

- carece de facultades para revocar, modificar actas, decisiones y disposiciones;
- emite recomendaciones y sugerencias;
- realiza investigaciones;
- tiene la posibilidad de emplear la opinión pública, y
- está obligado a rendir cuentas.

Parte III El Ombudsman cubano

La incorporación de la institución del Ombudsman al sistema de garantías a los derechos humanos en Cuba, vendría a completar las que ya existen y no a sustituirlas. Tampoco implicaría eliminar las vías o mecanismos de defensa y protección de los legítimos intereses de los individuos, sino adicionar una nueva que consolidaría más el sistema. Aun cuando tenga similitudes con otras instituciones que también realizan la función de proteger a los individuos en el respeto, goce y ejercicio de sus derechos y libertades, el Ombudsman cubano tendrá sus propias peculiaridades.

Y no se trata de adicionar una nueva institución por el simple hecho de atemperarse a las corrientes y concepciones que en el constitucionalismo mundial actual se manejan hoy en torno a la cuestión de la protección de los derechos humanos, ni de extrapolar instituciones extranjeras para parecer más modernos. El argumento central de la propuesta radica en hacer nuestro sistema de garantías más perfecto, integral y sólido, al completarlo con instituciones universalmente utilizadas y de probada eficacia en la labor de defender y proteger los derechos humanos y de las cuales el sistema de garantías cubano está necesitado¹³. En primer lugar, para subsanar sus insuficiencias y superar sus limitaciones, a través de la incorporación de una nueva institución protectora y, en segundo lugar, para que el Estado socialista pueda cumplir cabalmente la función interna de crear a nivel de toda la sociedad un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos y libertades individuales y colectivos.

Por otra parte, la administración pública cubana tiene iguales características que las indicadas en el capítulo precedente a la administración pública en el Estado social burgués, simplemente porque el Estado socialista es también intervencionista, prestador de servicios sociales, abarcador y

13 Véase, Mariño Castellanos, A., "El recurso de amparo y el tribunal constitucional cubano: necesidad y proyecto", ponencia, Santiago de Cuba, 1994, capítulo I, y también en Mariño Castellanos, A. Cutie Mustellier, D. Méndez López, J. "Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba, propuesta de perfeccionamiento, trabajo monográfico, Santiago de Cuba, 1944, Capítulo I.

regulador de toda la sociedad y los asuntos sociales, y para tales funciones su pieza clave, igualmente, es la administración. Sin la administración pública el Estado socialista no podría cumplir sus funciones, mantenerse en el centro de la sociedad, ni continuar siendo el elemento más importante del sistema político cubano.

El Estado socialista en su interrelación con la sociedad y en la misma medida en que se ha responsabilizado con la condicionalidad material de la igualdad, la justicia social y distributiva, la libertad y los demás derechos individuales y colectivos, tiene que ir desarrollando y perfeccionando el sistema de garantías para aquéllos, de manera que se asegure el pleno respeto y la realización para todos los individuos del conjunto de derechos reconocidos, para lo cual se debe apoyar y orientar por los principios y reglas del Estado de derecho.

La afirmación de que al margen del principio de legalidad no es posible lograr verdaderamente justicia social, democracia y libertad política no admite objeción. Ha de tenerse en cuenta que las vías y mecanismos de garantía son ante todo un mero reflejo del principio de legalidad, quicio de todo sistema jurídico cuya validez incondicional no resulta lícito poner en duda. El sistema de garantías aparece siempre como el contrapeso indispensable a un sistema de equilibrio.¹⁴

Una sociedad donde el Estado no tenga incorporada entre sus funciones la del perfeccionamiento de los mecanismos de control de sus agentes, en favor de la legalidad y los legítimos intereses de los individuos y la sociedad misma (como colectivo de éstas), es propensa a que en su seno se desarrolle la arbitrariedad, el autoritarismo estatal y el despotismo.

Siendo así, es impostergable instituir en el sistema estatal cubano otra vía de controlar la actividad administrativa a través del Ombudsman para cuidar que aquélla se ajuste en su actuación a los principios de eficiencia, diligencia y responsabilidad¹⁵ con sometimiento pleno a la ley y el derecho, en el más estricto respeto a los derechos y libertades individuales y colectivos. Sobre todo si tenemos en cuenta que (i) ante el control jerárquico privativo de la propia administración pública, el Ombudsman ofrecerá la ventaja de tratarse de un controlador externo ajeno a ella; (ii) ante la insuficiencia del Parlamento para mantener todo el tiempo y en todas las

14 Véase, Mariño Castellanos, Angel, "La eficacia social del Defensor del Pueblo", trabajo monográfico, Madrid, 1992. Nota 9, pág. 10.

15 Además de los tradicionalmente reconocidos por la doctrina administrativa, tales como la jerarquía, descentralización y desconcentración.

esferas el control sobre la administración pública por depender para ello de sus Comisiones de Trabajo, que no son especializadas en esa labor y porque por medio de la rendición de cuenta se controla hoy solo al Consejo de Ministros, pero no toda la actividad administrativa, el Ombudsman representaría una vía de control permanente, objetiva y de mucha profesionalidad; (iii) ante el carácter complicado, costoso, lento y limitado del control judicial, el Ombudsman representará un procedimiento ágil, gratuito, rápido y amplio.¹⁶

El Ombudsman cubano que proponemos, además, aun cuando se asemeja mucho a la institución de la Fiscalía General de la República, no se confundirá con ésta; tampoco puede la Fiscalía realizar las funciones que le tenemos reservadas a aquél, pues ello iría en contra de su naturaleza y la misión constitucional encargada a aquélla¹⁷. Tendrá de común con la Fiscalía General de la República las características siguientes:

- Defender y proteger a los ciudadanos e individuos en el disfrute y ejercicio de sus legítimos derechos.
- Sus decisiones no encierran carácter vinculante.
- Hacer recomendaciones, sugerencias y recordatorios.
- La legitimidad para ejecutar las acciones penal y de inconstitucionalidad.
- No puede modificar o anular actas, decisiones y disposiciones aun cuando sean lesivas.
- Realizar investigaciones de oficio o a la instancia de parte.
- Obligación de rendir cuenta a la Asamblea Nacional del Poder Popular.
- La posibilidad de ser revocado.

Sin embargo, el Ombudsman cubano se diferenciará de la Fiscalía General de la República en que:

1. Actúa en nombre de la Asamblea Nacional del Poder Popular.
2. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad, órgano o institución.
3. Puede ejercitar la acción judicial civil y administrativa en nombre y a favor de lesionados.
4. Chequea además de las cuestiones de legalidad de la administración pública, otras que no lo son, tales como la negligencia, falta de diligencia, ineficacia, etc.
5. Puede recurrir a la Asamblea Nacional del Poder Popular y a sus demás órganos, para denunciar a

16 Mariño Castellanos, A. Cit. supra nota (14).

17 *Op. cit.* supra nota 13. Un comentario sobre el art. 127 de la Constitución de la República.

funcionarios, autoridades, órganos u organismos de la administración pública que mantengan actitudes hostiles y de entorpecimiento en su labor.

6. Auxiliar a la Asamblea Nacional del Poder Popular para controlar a la administración pública.

Entonces, el Ombudsman cubano vendría a reforzar y completar dos mecanismos garantizadores del orden democrático y la legalidad, a saber: (i) el sistema de garantías a los derechos y libertades individuales y colectivos, y (ii) el control (parlamentario) sobre la actividad de la administración pública; lo que, dicho sea de paso, ayudaría a reforzar el papel de la Asamblea Nacional del Poder Popular, como órgano supremo de poder estatal y en la realización de la atribución constitucional de ejercer la más alta fiscalización sobre los órganos del Estado y del Gobierno (art. 75, inciso a) C.R.).

Su principal limitante sería que en materia de defensa y protección de los derechos y libertades individuales y colectivos solamente podría actuar en los supuestos en que la amenaza o lesión a los mismos ocurra en el marco de la relación administración-administrado, que significa que el titular o los titulares tienen la condición de administrados.

Empero, como entre las funciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, que establece el artículo 75, si en otra parte de la Constitución de la República, no aparece contenida la de elegir un Ombudsman o comisionado para controlar la actividad administrativa y defender los derechos de los administrados, y con vista a actuar con apego irrestricto a la Carta Magna, y en tanto ésta no sea reformada, la institucionalización del Ombudsmam cubano tiene que ser incorporada a nuestro sistema jurídico-institucional, bajo la cobertura constitucional del inciso ñ) del artículo 75 y asumir la denominación de Comisión Permanente de la Asamblea Nacional del Poder Popular para realizar el control a la actividad de la administración pública y la defensa de los derechos de los administrados.

Dicha Comisión tendrá la función de Auxiliar a la Asamblea Nacional del Poder Popular, en el control y la fiscalización de la actividad de la administración pública y en la defensa y protección de los derechos que la Constitución y las leyes reconozcan a los administrados. Su elección, funcionamiento e integración se ajustará a lo establecido en el Reglamento de la Asamblea Nacional para sus comisiones permanentes.

Por la labor que desempeñará esa Comisión, su presidente, vicepresidente y secretario deben ser diputados que sean juristas, mientras que el resto de los miembros serán preferentemente juristas y economistas.

Una propuesta más dentro de los mecanismos e instrumentos de protección y defensa de los derechos y libertades individuales en el proceso penal

Vicente Arrans

Decano Facultad de Derecho Universidad de La Habana

- I. La incorrecta valoración de una situación jurídico-concreta por un funcionario, los excesos en el ejercicio de un cargo, las erróneas decisiones adoptadas por los órganos y organismos estatales, etc., pueden provocar restricciones indebidas a los derechos y libertades individuales. Por eso los Estados se ven en la necesidad de establecer métodos y mecanismos legales que les permitan detectar con prontitud las infracciones de lo estipulado en torno a esta materia, para, del mismo modo, establecer los derechos cuando así sea posible y adoptar las medidas que permitan evitar la reiteración de estos casos.

El hecho de que estos instrumentos y mecanismos estén destinados a proteger y defender derechos y libertades individuales de rango constitucional, ha provocado su paulatina inclusión en los textos constitucionales y un giro en el discurso teórico con el que el término garantía deja de comprender el contenido otorgado por la concepción clásica¹ (con la que más bien se designan derechos), aún presente en algu-

1 García Belaúnde, Domingo. "Sobre la jurisdicción Constitucional", *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, Perú, enero-junio 1989, N° 1, pág. 233.

nas constituciones latinoamericanas (como en la mexicana, la argentina y en la propia cubana), para ahora designar precisamente a estos mecanismos e instrumentos de protección y de defensa de dichos derechos y libertades.

Muchos de estos mecanismos e instrumentos, aunque tienen su origen en tiempos remotos, como ocurre por ejemplo con el habeas corpus (Inglaterra), se han ido perfeccionando a lo largo de estas dos últimas centurias, especialmente durante el presente siglo en que con la fundación de la disciplina modernamente conocida como derecho procesal constitucional -cuya paternidad atribuye el connotado procesalista español Nicero Alcalá Zamora y Castillo, al eminente tratadista Hans Kelsen- se logran delinear y perfilar más estos instrumentos.

Así, junto con las dos tendencias generales que son al mismo tiempo garantías jurídicas, la judicialización de la administración y la constitucionalización del Estado de Derecho (con la que los sistemas que adoptan la fórmula de Montesquieu consideran sometido a la constitución de los tres poderes públicos: el legislativo, el ejecutivo y el judicial) y con la superación de la concepción liberal decimonónica de los publicistas sobre la soberanía del parlamento expresada en la ley, que daba a ésta un sentido de perfectibilidad que la hacía de incuestionable acatamiento por los jueces, se alcanza una diversificación de estos instrumentos y mecanismos protectores y de las vías de realización de los mismos (por jurisdicción ordinaria y por jurisdicción constitucional) que le hacen rebasar el ámbito de tutela jurídica de los derechos fundamentales para convertirse prácticamente en forma de control y protección de la supremacía constitucional.

De este modo la legislación en las diferentes latitudes prevé institutos jurídicos para la protección y defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, tales como:

- La acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes y otras normas ante la jurisdicción constitucional.
- El amparo y el habeas corpus, como acciones de garantías ante la jurisdicción ordinaria con opción de recurrir las resoluciones denegatorias de éstos ante la jurisdicción constitucional.
- La acción contencioso-administrativa ante la jurisdicción ordinaria para los casos de resoluciones que afecten derechos particulares.

Sin embargo, aunque los estudios que se vienen haciendo han coadyuvado a perfilar estos institutos, se advierte que aún el desarrollo teórico sobre estas cuestiones, funda-

mentalmente las relativas a la jurisdicción constitucional, es todavía paradójicamente insatisfactorio en relación con las praxis normativas. Ello obedece esencialmente a que la disciplina derecho procesal constitucional es de muy reciente creación (1928). De ahí que tópicos tan importantes como su denominación, su naturaleza y carácter, y hasta su propio objeto de estudio aún sean puntos de debate. Empero, dado el breve espacio temporal de que dispongo y por las mismas limitaciones espaciales en que debo exponer mis reflexiones y propuesta, así como por perseguir un objetivo bien determinado y de un carácter esencialmente práctico (proponer la regulación de un procedimiento de amparo en materia penal que se sustancie en la jurisdicción ordinaria), dejo sobre la mesa de trabajo estos problemas teóricos generales para ocuparme sólo de aquellos que resulten absolutamente necesarios para alcanzar mi cometido.

- II. En Cuba, el control del ejercicio de los derechos y libertades individuales no sólo es una función que la ley otorga a los órganos del Estado, sino que es al mismo tiempo un derecho de todos los ciudadanos. Esto último parece así establecido en el artículo 62 de Nuestra Constitución que dice:

"Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley". Concretando este precepto constitucional, el Decreto-Ley Nº 67 de 19 de abril de 1983, de organización de la Administración Central del Estado, en su artículo 52, inciso r), señala la obligación de esos organismos de prestar atención y dar respuestas pertinentes, dentro de un término de 60 días, a las quejas y peticiones que les dirijan los ciudadanos, esforzarse por resolver correctamente las cuestiones en ellas planteadas y adoptar medidas para eliminar las deficiencias señaladas.

De forma más institucional, la Asamblea Nacional del Poder Popular (A.N.P.P.), el Consejo de Estado y el Consejo de Ministros, tienen entre sus respectivas funciones las de velar, controlar y defender el ejercicio de los derechos y libertades individuales. Para ello tienen entre sus facultades las de modificar, revocar, suspender a los ministros o jefes de organismos que violen la Constitución y las demás leyes o disposiciones dictadas por órganos de superior jerarquía a los mismos.²

² Según los artículos 73, inciso c; 88, inciso ñ y 96, inciso n, de la Constitución. Como consecuencia y concreción de la primera norma, el reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular estableció en su capítulo octavo el procedimiento a seguir por

Es a la Fiscalía General de la República, a la que nuestro texto constitucional ha concedido de manera especial, el control de la legalidad socialista y, en consecuencia, la supervisión del cumplimiento de lo estipulado en cuanto a la materia que es objetivo de nuestro examen. Ello está así establecido en el artículo 130 de la Constitución y se concreta en los artículos 106 y 107 de la Ley N° 4 de 1977 de Organización del Sistema Judicial, y en los artículos 2 y 22 del Reglamento de la Fiscalía General de la República, del 24 de marzo de 1973.

En el Proceso penal este control también tiene un doble carácter, es decir, es una función de los fiscales y tribunales y un derecho del inculcado. Detengámonos ahora en el examen de estos aspectos.

Conforme al artículo 105 de la Ley N° 5/77 es al Fiscal a quien corresponde el control de la legalidad socialista durante la fase preparatoria del juicio oral. Para ello tiene entre otras funciones, según el artículo 109, inciso 2 de la misma Ley, la de garantizar "que se respete la dignidad del ciudadano y que en ningún caso se le someta a restricciones ilegales de sus derechos".

En la mencionada Ley existe algo que también se podría considerar como un mecanismo de control y de defensa de los derechos del acusado: es lo referido a la posibilidad de hacer retroceder el proceso cuando resultan vulneradas o infringidas las garantías esenciales del proceso conforme a lo establecido en los artículos 263 y 79. El primero de estos artículos establece lo que en el lenguaje forense se conoce como "revocatoria del expediente por el Tribunal al Fiscal" y el segundo está referido a lo que llamamos "declaración de oficio del quebrantamiento de forma en el recurso de casación".

La convocatoria del expediente por el Tribunal al Fiscal ocurre cuando el primero de estos, después de haber revisado el mencionado expediente y las conclusiones provisionales acusatorias presentadas por este último en solicitud

este órgano para conocer y declarar sobre la constitucionalidad de las disposiciones y leyes en su sentido amplio. Conforme este reglamento están facultados para plantear a la Asamblea las cuestiones de constitucionalidad: el Consejo de Estado, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, los diputados, los órganos locales del Poder Popular, el Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República (artículo 93). Más adelante confiere igual derecho a veinticinco ciudadanos cubanos que se encuentran en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, mediante declaración jurada ante notario público, como forma de acreditación.

de apertura del juicio oral, estima que en uno, en la otra o en ambos, existen algunas de las omisiones o deficiencias expresamente señaladas en el artículo 263. Uno de los motivos por los que, según ese artículo, procede la revocatoria es por la violación de una de las garantías del proceso penal durante la primera etapa de éste, pues dicho artículo en su inciso 1 plantea que se devolverá el expediente cuando "se ha quebrantado en la tramitación de la fase preparatoria algunas de las formalidades del procedimiento"; y, en nuestra opinión, el término "formalidades del procedimiento" es amplio e incluye las garantías procesales.

Por otra parte, el Tribunal que según el caso esté facultado para resolver el recurso de casación puede decretar de oficio el quebrantamiento de forma cuando se hayan infringido las garantías esenciales del proceso, de manera que pueda resultar trascendente al fallo. En este, como en los demás casos previstos en el artículo 79, el Tribunal *ad quém*, mediante sentencia y conforme a lo dispuesto en el artículo 78, devolverá las actuaciones al de instancia para que éste la reponga al estado en que se encontraban al cometerse el quebrantamiento y continúe el proceso por sus demás trámites. Siempre el Tribunal que resuelve el recurso deberá indicar concretamente la diligencia o diligencias que el Tribunal de instancia habrá de practicar para subsanar el quebrantamiento. Esto permitirá reintegrar o restituir al acusado sus derechos cuando así sea posible.

En el proceso penal, el control de lo normado en materia de derechos y libertades individuales, así como su defensa, se ha concedido al acusado en los casos de restricciones ilegales de la libertad. Históricamente, nuestras leyes adjetivas han establecido en tal sentido lo que se conoce como "Procedimiento de habeas corpus".

Este, en la actual Ley de Procedimiento Penal, aparece regulado en los artículos comprendidos entre el 467 y el 478, ambos inclusive. Conforme a lo establecido en el artículo 467, "toda persona que se encuentre privada de libertad fuera de los casos o sin las formalidades y garantías que prevé en la Constitución y las leyes, deben ser puesta en libertad a petición suya o de cualquier otra persona, mediante un sumarísimo proceso de habeas corpus ante los Tribunales competentes". Entre las características más salientes de este procedimiento tenemos la brevedad de los trámites que lo integran y su naturaleza incidental. Su objetivo, como bien señala el artículo trasuntado, es reintegrar rápidamente al ciudadano el derecho del que ha sido ilegalmente privado: la libertad.

Nuestro proceso penal tanto en su regulación actual como en la precedente no ha conocido de otros medios que, de

modo similar al habeas corpus, permitan al ciudadano (especialmente al acusado) una rápida y eficaz protección de sus derechos fundamentales³.

A primera vista puede parecer que con los métodos propios y tradicionales del proceso penal, es decir con las garantías procesales, específicamente con los medios de impugnación y con la tutela que ofrecen las normas penales sustantivas a estos derechos, es suficiente. Empero, conviene recordar que dentro de los llamados derechos instrumentales, en opinión de Héctor Fix-Zamudio⁴, uno de los voceros más calificados en esta materia, además de los citados, que los denomina remedios procesales indirectos e instrumentos complementarios respectivamente, existen los medios específicos que agrupan al mismo habeas corpus y a otros instrumentos como el amparo, regulado en muchos países de América Latina.

Dentro de estos medios específicos -conforme a los estudios realizados por el eminente profesor español Víctor Fairen- "Los países que han heredado las tradiciones jurídicas de Inglaterra, utilizan el habeas corpus para proteger la libertad personal y la locomoción y, además, tienen una serie de medios especiales, como el *certiorari*, el *mandamus*, la prohibición, la injunción, etc.", para la protección de los demás derechos humanos. Y entre los países que han edificado sus instituciones sobre las tradiciones jurídicas romanas habría los tres grupos que siguen:

1. Según un sistema, el llamado amparo protege tanto la libertad de locomoción como los demás derechos fundamentales;
2. Según otro sistema, al habeas corpus protegerá tanto la libertad personal y de locomoción como los demás derechos fundamentales;
3. Este sistema comportaría la protección de la libertad personal y de locomoción por medio de habeas corpus, y los demás derechos fundamentales por medio de otros recursos, llamados de amparo en determinados países y mandato de seguridad en otros⁵.

3 Me refiero a las leyes de procedimiento penal N° 1251 de 1973 y N° 5 de 1977. Pues primero con la ley del 31 de marzo de 1903 y luego con la Ley N° 7 de 1949 existió entre nosotros el Instituto Procesal conocido como "Recursos de inconstitucionalidad". Más tarde, tanto esta última como los preceptos constitucionales que le servían de fundamento fueron derogados.

4 Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales", *Civistas*, México, 1982, pág. 32.

5 Fairen Guillén, Víctor, "Estudios de derecho procesal civil, penal

El amparo, como institución de derecho procesal público para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que es el medio o instrumento que ocupa ahora mi atención, surge por vez primera, en opinión de varios autores mexicanos⁶, el 23 de diciembre de 1840 en el Proyecto de Constitución Yucateca redactado por Manuel Crescencio Rejón con la colaboración de los señores Pedro C. Pérez y Darío Escalante, proyecto que resultara sancionado el 31 de marzo de 1841 como Constitución Política del Estado de Yucatán. Sin embargo, es hasta el Acta Constitucional y de Reformas del 18 de mayo de 1847 cuando a propuesta del mismo Crescencio Rejón, como Diputado del Distrito Federal, y por voto particular del ilustre Mariano Otero, juicio de amparo pasa a formar parte de la preceptiva constitucional a nivel nacional (en el artículo 25) el como medio de defensa de los derechos fundamentales del hombre frente a la actuación de los poderes legislativos y ejecutivos.

Como antecedente de este instrumento protector de los derechos fundamentales, nacido en México y "que ha inspirado a otras muchas instituciones procesales semejantes en otros países tanto de América como de Europa"⁷, se señalan: la Judicial Review y el habeas corpus angloamericano y la casación francesa⁸, como fuentes jurídicas extranjerías, y, entre las

y constitucional", t. III, *La Reforma Procesal Penal, 1988-1992*, Editorial Revista Cubana de Derecho Privado págs. 511-512.

6 Así, por ejemplo, el mismo Fix-Zamudio en *El juicio de amparo*, Ed. Porrúa, México, 1964, págs. 213 y ss. y 373. Además, José Luis Soberanes Fernández, "El amparo mexicano y el control de la constitucionalidad", *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima Perú, enero-junio 1989, N° 1, pág. 321; José Enrique Cepetillo Trejo, "Constitución Yucateca de 1841", *Revista Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Yucatán* N° 8, diciembre 1991, pág. 19 y ss. y José L. Vargas Aguilar, "Comentarios acerca del juicio de amparo", en la misma Revista, pág. 27 y ss.

7 Fix-Zamudio, Héctor, "Derecho comparado y derecho de amparo", *Boletín de Derecho Comparado* N° 89, México, mayo-agosto 1970, citado por José Luis Soberanes Fernández, artículo citado pág. 318.

8 Al efectuarse la independencia -dice Fix-Zamudio-, como ocurre con los hijos recién emancipados, se pretendió borrar los vestigios de la estructura de origen hispánico, los cuales eran identificados con la opresión, en tanto que las instituciones anglosajonas, en especial las estadounidenses, eran consideradas como sinónimo de libertad (*El juicio de amparo*, Ed. Porrúa, México, 1964, pág. 214). La influencia de la casación francesa se aplica por el propio empuje que las concepciones e instituciones políticas y jurídicas de la Revolución Francesa tuvieron en esta parte del mundo especialmente en las colonias recién emancipadas.

de carácter nacional, el juicio sumarísimo de amparo, institución de origen colonial que se utilizaba para restituir en la posesión (de tierras, aguas, etc.) a los particulares cuando resultaban despojados incluso por autoridades, con la posterior posibilidad de acudir a un juicio plenario de posesión⁹. La influencia de este antecedente nacional no sólo se aprecia en el nombre que lleva la misma institución sino que se ha llegado a decir que "Rejón y Otero se sirvieron de una institución de derecho procesal privado para crear otra de derecho procesal público, para la protección de los derechos fundamentales del hombre"¹⁰.

Quizás esta diversidad de antecedentes ha determinado lo que Víctor Fairen califica como "multiforme aparición"¹¹ del amparo en la legislación federal de México y hace del mismo, como bien señala Soberanes Fernández, "una institución técnicamente complicada y difícil de comprender en su totalidad".¹² De ahí que con fines didácticos, para desentrañar su alcance y naturaleza, se le suele dividir en cinco sectores: 1) amparo de la libertad (también denominado amparo habeas corpus); 2) amparo contra leyes (surgido bajo la influencia de la Judicial Review); 3) amparo administrativo (surgido para satisfacer la carencia de procesos de lo contencioso administrativo); 4) amparo casación (la aceptación de esta institución contra resoluciones judiciales provocó el abandono y la posterior supresión formal del recurso de casación); 5) amparo agrario (proceso especial, surgido en las reformas de 1963),¹³.

Con este paréntesis de cuestiones teóricas e históricas me he aproximado a lo que constituye el núcleo de este trabajo: la proposición de un procedimiento de amparo en materia penal que se sustancie en la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, ¿qué otra razón -además de las de carácter doctrinal ya vistas y atendidas por el derecho comparado- podría fundamentar el establecimiento de este procedimiento?; y, en

9 Este antecedente de carácter nacional pone de relieve la influencia de la tradición hispánica en la que se formaron Rejón y Otero y que, aunque se intenta evitar en lo político o jurídico, constituyó -como bien dice Fix-Zamudio- una especie de infiltración subterránea pero sumamente profunda (*Idem.*).

10 Soberanes Fernández, José Luis, *op. cit.*, pág. 320.

11 *Op. cit.*, pág. 516.

12 *Ibíd.*, pág. 318.

13 Proposición hecha por Fix-Zamudio para ser más accesible el estudio de amparo. Aceptada y retomada por Soberanes Fernández, *op. cit.*, pág. 318 y ss.

Esta diversa forma de aparición del amparo explica posiblemente el empleo de términos como: acción, recurso, proceso, etc. para designar el amparo.

caso de considerarse esta sugerencia, ¿cómo debería formularse entre nosotros?

Como ya he expuesto en otras ocasiones (en otros trabajos) soy partidario de la inclusión en nuestro proceso de algunos de los métodos de simplificación del rito penal que propone la doctrina y/o conoce la legislación en otras latitudes. Esto repercute directa y positivamente en la economía procesal pero se logra, como bien se ha señalado, "mutilandando" formas, garantías (en las citaciones, en las comparecencias a juicios, en las imputaciones formales provisionales, en los recursos, etc.)¹⁴; incrementa, además, el nivel de responsabilidad de los funcionarios y autoridades que intervienen en el proceso, por lo que en consecuencia son potencialmente mayores las posibilidades de error. Por ello, al estar regulado un procedimiento que con inmediatez protege la libertad personal y de locomoción, el habeas corpus, parece prudente establecer conjuntamente con esos mecanismos de aceleración antes aludidos un instrumento que permita extender la protección a los demás derechos y libertades, de modo que cualquier error en esta materia pueda detectarse con prontitud y sus efectos puedan hacerse cesar inmediatamente.

Considero que este procedimiento deberá ser regulado en la misma legislación penal y adjetiva. En cuanto a el, puedo decir, sin que sea mi propósito hacer una exhaustiva caracterización, que lo concibo como un procedimiento especial de naturaleza incidental que necesita ser promovido por una acción de carácter autónomo y de amparo o garantía de los derechos y libertades individuales consagradas constitucionalmente. Esta última deberá proceder en los casos en que por acción u omisión de un funcionario público o autoridad competente de las que intervienen en el proceso penal, por intención o error inexcusable, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de forma inminente o actual, se amenacen, lesionen, alteren o restrinjan los mencionados derechos o garantías. Dicha acción no deberá ser admitida cuando la violación o inobservancia de éstos haya cesado y cuando existan otros medios que permitan obtener su protección. Su objetivo será hacer retornar o reponer las cosas al estado anterior a la restricción o violación o al menos al más cercano a éste.

Otros aspectos que deben caracterizar este procedimiento son: la brevedad, la celebración de una vista oral y su resolución por un órgano jurisdiccional a través de un auto.

La brevedad encuentra su fundamento en la necesidad de que no se exijan formalismos tales como la repre-

14 Fairen Guillén, Víctor, *op. cit.*, pág. 31.

sentación letrada, la presentación de poder o de cualquier otra formalidad o tecnicismo que pueda constituir un impedimento para el ejercicio de la acción de amparo. Por otra parte, la brevedad de los trámites permitiría una más pronta resolución del asunto que es objeto del mismo; el que, por su propia naturaleza, así lo exige.

La celebración de una vista oral, que al igual que los demás trámites se caracterice por la brevedad y la eliminación de formalismos innecesarios, posibilitaría ante el órgano jurisdiccional de otros sujetos como el perjudicado, el funcionario o autoridad que supuestamente es responsable de la restricción, y del Fiscal en su calidad de representante de la legalidad socialista. Esta vista será al mismo tiempo una garantía de este procedimiento.

El sujeto de la decisión deberá ser el órgano jurisdiccional que según el caso resulte competente. Esta sugerencia se basa en el hecho de que entre nosotros este órgano es colegiado. El, en correspondencia con la naturaleza incidental de la acción de amparo cerca de la cual decidirá, debe resolver a través de un auto. Este último sólo deberá constituir cosa juzgada cuando sea favorable al sujeto que haya sido perjudicado con la acción violatoria o cuando haya sido dictado por el máximo órgano jurisdiccional.

Sin pretender hacer una completa enumeración, la acción de amparo debe resultar procedente en los siguientes casos:

- a) Cuando resulte vulnerable la integridad física o psíquica del individuo.
- b) Cuando se realicen acciones que menoscaben la moral y el pudor de las personas.
- c) Cuando sin cumplir las formalidades y garantías establecidas en la ley resulte violado el domicilio.
- d) Cuando no se guarde la debida reserva acerca de las convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra naturaleza.
- e) Cuando sin cumplir las formalidades y garantías establecidas en la ley se vulnere el secreto de la correspondencia escrita y las comunicaciones cablegráficas, telegráficas, telefónicas.
- f) Cuando sin observar las formas y el tiempo previsto en la ley se prohíba al procesado la comunicación o la realización de actos propios de su defensa.
- g) Cuando se vulnere el derecho de propiedad y de herencia.

Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento

**Angel Mariño Castellanos
Danelia Cutie Mustelier
Josefina Méndez López**

Introducción

El tema de los derechos fundamentales se sitúa hoy en el centro de interés y preocupación de un número cada vez mayor de tratadistas, sin que exista unanimidad en cuanto a su definición, naturaleza, fundamentos y clasificación¹. Sin embargo, aun cuando hay diversidad de criterios en torno al tema, existe consenso sobre la necesidad de garantizar su vigencia y protección. El reconocimiento y consagración constitucional del conjunto de derechos y libertades a los individuos no son suficientes si no existen instrumentos adecuados para una rápida y eficaz tutela que permita el control, la unificación y sanción de

¹ Al respecto se pueden consultar, en cuanto a definición: Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derecho fundamental*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1980; Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tocnes, 1977. En cuanto a clasificación: Fix Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Editorial Civiles, S.A., Madrid, 1982. En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos: *Derechos y garantías constitucionales en el proceso*, Héctor Enrique Quiroga Cubilla, Ediciones Librería del Profesional, 1987.

**I. Análisis
de la protección
de los derechos
fundamentales
en Cuba**

sus violaciones, sin los cuales resultarían teóricos los esfuerzos para lograr un clima de respeto hacia los mismos.

El hecho de que los derechos y libertades individuales gocen de supremacía jurídica al ser plasmados en la constitución, permite afirmar sin temor a equivocaciones que su desconocimiento, disminución o atentando y, por lo tanto, la ineficacia de los mecanismos protectores, van en detrimento de la autoridad y fuerza jurídica superior de la constitución. El principio de supremacía constitucional es la más eficiente garantía de los derechos y libertades del individuo, pues impone a los órganos estatales la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la Ley Fundamental, por lo que el sistema de garantía aparece siempre como el contrapeso indispensable a la actividad y actuación de los órganos del Estado en una sociedad que aspira convertirse en modelo de respeto a los derechos humanos.

Este trabajo pretende contribuir a perfeccionar los instrumentos tutelares de los derechos humanos en Cuba y es una reflexión en torno a los aciertos e insuficiencias de los mecanismos protectores vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, que unido al estudio de los disímiles remedios procesales utilizados en el mundo actual para la defensa de los citados derechos conduce al proyecto en consideración.

El Estado cubano, desde el mismo triunfo de la Revolución el 1^º de enero de 1959, se erigió como garante y protector de los derechos humanos y libertades individuales, haciendo suyos los valores humanistas contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y sumándose al numeroso grupo de países democráticos que tiene como objetivo social primero lograr un clima de cultura, respeto y protección de los derechos del hombre.

La Constitución Socialista Cubana de 1976 reconoció un amplio conjunto de derechos y libertades a los ciudadanos e individuos, no restringiéndolos a los derechos de la 1a. generación sino ampliándolos con la incorporación de los de la 2a. e incluso de la 3a. generación², agrupando en el Capítulo VII, bajo la denominación Derechos, deberes y garantías fundamentales, el núcleo principal de derechos reconocidos³. Teó-

2 Por la Ley de Reforma Constitucional de 1992 se introdujo en el artículo 27 del texto constitucional, el derecho a la protección del medio ambiente y los recursos naturales del país, la autodeterminación y la seguridad colectiva.

3 A pesar del amplio conjunto de derechos reconocidos en el texto constitucional, existen otros que han quedado fuera del mismo, y algunos son consagrados en la legislación ordinaria. Tal es el

ricamente es discutible ese agrupamiento y esa denominación, pues puede interpretarse como que los derechos no comprendidos en este capítulo no poseen el mismo rango que aquéllos. Tal postura constituyente debe ser esclarecida porque no parece admisible que intencionalmente se haya establecido una clasificación jerárquica de derechos, reconociendo a unos mayor valor socio-jurídico que a otros, más, si los no incluidos son derechos tan importante para el hombre, como los derechos al sufragio, a participar en la vida política del país, a la igualdad, a la propiedad y a la herencia, a la libre creación artística, científica e intelectual⁴.

Si bien es criticable la minimización de algunos derechos socio-económicos y culturales ante los derechos políticos y civiles⁵ -por entenderse que solamente propicia la reducción del espacio socio-político de los individuos y no compromete al Estado en la condicionalidad de una vida digna, culta y sana para todos-, también lo es la minimización de algunos derechos civiles y políticos ante los socio-económicos y culturales, propia del modelo constitucional socialista.

Nuestro criterio es que todos poseen el mismo rango, todos merecen igual tutela y protección, no vale la jerarquización a priori ni jurídica entre ellos; son iguales, universales, inalienables, indivisibles e interdependientes. El Estado debe reconocer en conjunto su totalidad (incluso los derechos de la tercera generación).

Su papel se debe enmarcar en crear la condicionalidad material a todos, de modo que sea el titular quien decida sobre su materialización. Tal solución hace más efectiva la realización Estado-individuo-sociedad.

Junto con el reconocimiento y consagración constitucional de los derechos y libertades, ha sido preocupación constante del Estado Cubano poner en un primer plano las garantías generales o premisas económicas, políticas y sociales que permitan la condicionalidad material de los mismos⁶, como garantía

caso del derecho a la personalidad jurídica, la presunción de inocencia, la libertad del tránsito, etc., careciendo el otro de regulación legal (derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, derecho a la rectificación).

4 Véanse fuera de ese capítulo los artículos 134, 40, 55, 22, 38.

5 Véase por ejemplo la Constitución Española de 1978, donde poseen un tratamiento diferenciado los derechos civiles y políticos de algunos de los socio-económicos, al tratarse estos últimos no como principios rectores de la política social y económica, y en tal sentido el sistema de protección es también distinto.

6 Siguiendo en este sentido a la doctrina socialista soviética que analizó las garantías en doble aspecto: garantías de carácter

primera para la realización de los derechos y libertades de los individuos que aseguran la viabilidad social para su ejercicio.

No basta el simple reconocimiento de los derechos, alejado de los mecanismos sociales para su realización, como tampoco es suficiente la condicionalidad material sin un férreo y completo sistema de garantías para protegerlos y tutelarlos. Por ello no es admisible afirmar que una sociedad, al crear un conjunto de condiciones políticas y materiales, garantiza por sí misma la tutela y protección de los citados derechos, pues aun las sociedades más justas y democráticas no están exentas de violaciones a los derechos, toda vez que las palancas del ejercicio del poder y del gobierno están en manos de hombres que no son libres de cometer excesos. Lo anterior nos lleva a afirmar que además de crear la condicionalidad material para el ejercicio del derecho del hombre, el Estado ha de establecer las vías para amparar los mismos, viéndose entonces el problema de los derechos en tres dimensiones fundamentales:

- Reconocer un amplio conjunto de derechos y libertades individuales y colectivas que incluyan las tres generaciones de derechos.
- Crear la condicionalidad material que permita la viabilidad de los derechos y libertades reconocidas.
- Instituir un amplio sistema y garantías para la tutela y protección de los derechos y libertades que incluyan tanto las garantías jurisdiccionales (procesales *strictu sensu*), como las garantías no jurisdiccionales, las formales y las extralegales, que deben funcionar como sistema, de manera que en la concurrencia de todas se logre un verdadero clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos. En tal sentido, vale el reconocimiento al sistema de garantías instituido en los ordenamientos constitucionales de España⁷,

material que comprenden las condiciones necesarias para que los derechos puedan realizarse en la práctica, y garantías jurídicas que comprenden los órganos, autoridades y asociaciones que se encuentran obligadas a preservar la legalidad y proteger los derechos.

- 7 Véase Constitución Española de 1978, Título I Capítulo IV, de las garantías de las libertades y derechos fundamentales, arts. 53 y 54, Título IX, del Tribunal Constitucional. Ley Orgánica 2 - 1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Ley Orgánica 3 - 1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. Ley 62 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas. Ley Orgánica 6 - 1984 Reguladora del procedimiento de habeas corpus.

México⁸, Colombia⁹ y cualquier otro que haya seguido esa orientación. El texto constitucional cubano con relación al sistema de garantías no ha sido lo suficientemente preciso, aun cuando denomina el Título VII Derechos, deberes y garantías fundamentales, no distingue nítidamente los derechos de las garantías; por el contrario, los preceptos se mezclan no tan felizmente unos con otros, existiendo, por un lado, una confusión terminológica entre los derechos y las garantías en sentido estricto, quizás bajo la tradición que permeó al constitucionalismo latinoamericano y cubano¹⁰, debido a la influencia de los documentos constitucionales revolucionarios, sin aparecer, por tanto, plasmadas en este capítulo "las verdaderas garantías" que no son otras que los instrumentos adecuados para una pronta y eficaz tutela (procesal) de los derechos¹¹, refiriéndose este título solo a las premisas o garantías de carácter material.

No obstante, en dos artículos del texto constitucional aparecen diseminados algunos de los medios tutelares, que resultan a la vez insuficientes cuantitativamente al quedar reducidos a la acción para reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización ante daño o perjuicio causado indebidamente por funcionario o agente del Estado, con

8 Véase Constitución Federal de 5 de febrero de 1917, artículo 103 y 107.

Ley de Amparo de 30 de diciembre de 1935 reformada en varias ocasiones posteriores, especialmente en 1952, 1963, 1968, 1876. Decretos de 5 de junio de 1990, por el que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de 1990.

9 Véase Constitución de Colombia, título II. Cap. IV: De la Protección y Aplicación de los Derechos Cap. IV: Título VIII: de la jurisdicción constitucional. Decretos 259 de 1991; Reglamentado por el Decreto 306 de 1992, que reglamentan el art. 86 de la Constitución Política que consagra la acción de tutela.

Ley No. 49 de 1992. Por la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.

Decreto 2700 de 1991. Código de Procedimiento Penal. Capítulo VII, Título III. Artículo 430 a 437: Control de la Legalidad sobre la Aprehensión.

10 Sobre el sistema de garantías establecidas en la Constitución cubana de 1901 y 1940, remitirse a: Cutie, D. Méndez, Mario Mariño A., *El sistema de garantías individuales en el régimen constitucional cubano II y III*.

11 Véase a Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, 1 PPS 31-55.

motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, previstas en el artículo 26 de la Constitución¹² y a la actuación de la Fiscalía como el órgano encargado del control y preservación de la legalidad (artículo 127).

Existen otros mecanismos que no aparecen regulados de modo expreso en la Constitución, sino que son instituidos en la legislación ordinaria; tal es el caso del proceso de amparo en la posesión, el procedimiento habeas corpus (que ofrecen tutela y amparo a determinados derechos) y la justicia administrativa, a través del proceso contencioso administrativo y las quejas ante la administración.

Los medios o instrumentos dirigidos a la protección y tutela de los derechos humanos en nuestro país se pueden concretar en:

- el procedimiento de habeas corpus;
- el amparo en la posesión;
- la justicia administrativa;
- la actuación de la Fiscalía.

El procedimiento de habeas corpus

También llamado de exhibición personal, se puede considerar como uno de los más remotos instrumentos procesales de protección de los derechos del hombre, específicamente como el instrumento procesal de garantía destinado a preservar la libertad personal.

En Cuba el procedimiento de habeas corpus cuenta con una larga tradición, pues fue introducido por la Constitución Provisional de Leonard Wood, para Santiago de Cuba, el 20 de octubre de 1898 y establecido formalmente por la O.M. 427, de 14 de octubre de 1900, del interventor norteamericano, que se mantuvo vigente y rigió su procedimiento hasta 1952, recibiendo su consagración constitucional en los textos de 1901¹³, 1940 y en la Ley Fundamental de 1959¹⁴

12 Véanse, Cutie D. Méndez. J. Mariño A.; CCIP (10), donde se realiza un análisis del artículo 26 de la Constitución de 1976.

13 Aunque el art. 20 de la Constitución de 1901 no mencionaba de modo expreso el procedimiento de habeas corpus, sin embargo abría las puertas a esa garantía especial o, por otra parte, el Decreto No. 1298 del 24 de agosto de 1933 que restablece la Constitución de 1901 y los estatutos para el Gobierno Provincial del 14 de septiembre de 1933 omitieron toda referencia a él, hasta que fue restablecido por el artículo 21 de la Ley Constitucional de 1934.

14 Por la Ley del Gobierno Provincial Revolucionario del 30 de enero de 1959 fue suspendido el derecho de habeas corpus durante 90 días.

Sin embargo, la Constitución de 1976 no hace expresa referencia a él en su articulado, siendo recogido en la Ley 5 de 1977, Ley de Procedimiento Penal, en su capítulo IX del Procedimiento de Habeas Corpus (artículos de 467 al 478). No obstante, dada la finalidad de este procedimiento que sin duda es el guardián de la libertad personal, debía de haberse recogido de modo expreso en el texto constitucional, como aparece regulado en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos¹⁵.

Se trata de un procedimiento judicial para tutelar el derecho de la libertad personal, contra detenciones arbitrarias, sin constituir medios apropiados para tutelar otros derechos, a diferencia de lo que ha ocurrido en algunos países de Latinoamérica, en que esta institución se ha hipertrofiado y ha sido utilizada a falta de un instrumento específico para la tutela de otros derechos fundamentales.¹⁶

En la legislación cubana hay omisiones en cuanto a la celeridad de informar al momento de su detención sobre las razones de la misma y notificación de la acusación formulada.

El amparo de la posesión

Se inserta dentro del sistema de garantía porque protege jurisdiccionalmente el derecho de propiedad, siempre que coincida en el lesionado la doble condición (propietario y poseedor), además de cumplir los otros requisitos y exigencias que regula la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral en su Título IV - capítulos 393 al 424; por ello su principal limitación como vía de garantía es referirse tan sólo a la posesión.

No obstante, si bien es cierto que no es una defensa integral al derecho de propiedad, sí conforma, junto al Proceso de Expropiación Forzosa, la tutela del mismo. En él se destaca el hecho de superar la regulación tradicional establecida en el Ordenamiento Jurídico cubano, por la Orden 362 de 1900 del Gobierno de Ocupación Norteamericana, pues el actual amparo en la posesión sobrepasa los estrechos límites de los atentados o despojos en actuaciones judiciales y se extiende a cualquier acto o actuación ocurrida fuera de esto, proveniente de autoridades u órganos administrativos, incluso de particulares.

La justicia administrativa

Es uno de los mecanismos calificado como remedio procesal indirecto que contiene tanto los recursos administrativos in-

15 Véanse constituciones de Latinoamérica en *El constitucionalismo latinoamericano en las postrimerías del siglo XX*, UNAM, México.

16 Fix Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional", en *Lecturas Constitucionales Andinas*, Perú, 1991, PPS 22-25.

ternos que no son propiamente de carácter procesal, y el proceso administrativo en sentido estricto, que se conoce con la denominación de contencioso-administrativo, procedimiento que siguiendo la tradición hispánica se ha mantenido en nuestro país a diferencia del resto de los países exsocialistas.

Su regulación constitucional es de dudosa apreciación en el artículo 26, pues no hay la certeza de que éste se refiera al procedimiento administrativo regulado en los artículos 654 al 658 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo-Laboral o a un procedimiento diferente cuya ley no ha sido dictada.

Mediante este procedimiento pueden impugnarse ante la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular y de los restantes tribunales provinciales populares todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y las resoluciones dictadas por los organismos de la administración central del Estado, sus delegaciones territoriales, así como los comités ejecutivos¹⁷ de los órganos provinciales y municipales del Poder Popular; incluyendo además las cuestiones relacionadas con la Ley de Reforma Urbana¹⁸.

El artículo 657 de dicho ordenamiento excluye del proceso de lo contencioso-administrativo las cuestiones emanadas de autoridad competente que se refieran a la defensa nacional, a la seguridad del Estado, el orden público y las medidas adoptadas en circunstancias excepcionales para salvaguardar los intereses generales; las transacciones en divisas o valor extranjero y el control de cambios, la planificación de la economía nacional, así como el ejercicio de la potestad discrecional y los acuerdos de los Consejos de Estado y de Ministros.

El artículo 658 dispone que la jurisdicción administrativa conocerá en todo caso de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la administración, aun cuando ésta se derive de la ejecución de cualquiera de las disposiciones y cuestiones excluidas del conocimiento de la propia jurisdicción por el mencionado artículo 657.

A pesar de la exigencia de este proceso, la mayoría de la legislación en los últimos años (salvo algunas decisiones de autoridades de la vivienda) bloquea esta actividad y cierra la posibilidad para la utilización de esta vía.

17 Los comités ejecutivos de los órganos locales del Poder Popular desaparecieron como consecuencia de la Ley de Reforma Constitucional de 1992, y en su lugar se crearon las administraciones locales.

18 En la actualidad los conflictos que se ventilan a través de este procedimiento son los derivados de la aplicación de la Ley General de la Vivienda de 1988.

El recurso administrativo interno, regulado en nuestro caso por el Decreto Ley 67 de 1983, en su artículo 52 inciso r, permite a los ciudadanos dirigir quejas y peticiones a las autoridades administrativas en relación con su funcionamiento y reciben la atención y la respuesta pertinente dentro de un término de 60 días.

Este mecanismo posee, *prima facie*, dos grandes desventajas: (i) es un procedimiento muy dilatado para tratarse de la restitución de derechos humanos; (ii) tiene la marca propia de todo autocontrol, sin descontar que las relaciones de trabajo, a veces hasta personales, entre el superior y la autoridad agravante, hacen dudar de su eficacia, reduciéndose grandemente las posibilidades de los administrados, coadyuvando a crear cierta impunidad de la administración y sus agentes.

A diferencia de lo que opinan otros autores, somos del criterio de que este mecanismo no agota ni comprende, en toda su extensión, el derecho de queja y petición del artículo 63 de la Constitución, pues la formulación de éste es mucho más amplia, abarcando no sólo los recursos internos de la administración sino también todo tipo de queja que afecte los derechos constitucionales.

La Fiscalía

Aun cuando no se puede considerar como un instrumento jurisdiccional procesal de defensa de los derechos humanos en sentido estricto, es también otro mecanismo de garantía a los derechos, la actuación y participación de la Fiscalía, contra los violadores de la legalidad a partir de las quejas hechas por los ciudadanos, cuando tienen la creencia de que han sido violados o desconocidos sus derechos por funcionarios o agentes del Estado. Tal función aparece consagrada en el artículo 127 de la Constitución y desarrollado en el Reglamento de la Fiscalía General de la República, de marzo de 1978 y que no es confundible con la garantía del artículo 26 ni en el artículo 63, ya comentados. Es más bien el papel del protector que en otros sistemas se le atribuye al Ombudsman, pues, a partir de la queja del ciudadano, este órgano, responsabilizado constitucionalmente de velar por la Constitución y la legalidad, investigará al respecto emitiendo un dictamen que tiene como limitante la *falta de efecto vinculante* para las autoridades violadoras, pues sus decisiones adoptan la forma de recomendaciones, sugerencias, advertencias, recordatorios, que en general tienen la finalidad de advertir sobre la existencia de un acto que vulnera un derecho, *sugiriendo* en algunos casos medidas para reparar los daños apelando a la conciencia y a la buena voluntad del agravante.

No obstante, ese mecanismo exhibe resultados posi-

tivos y ha contribuido a que la Fiscalía haya ganado autoridad social y que hoy tenga el reconocimiento de los ciudadanos.

En nuestra sociedad funcionan otros mecanismos que pudiéramos llamar extralegales, consistentes en la posibilidad del establecimiento de quejas y peticiones por parte de los ciudadanos ante las distintas organizaciones sociales, políticas y de masas, a cuenta de la ausencia de instrumentos jurídicos adecuados que permitan proteger rápidamente a personas que son objeto de violación de sus derechos. Aquí se destaca la participación del Partido Comunista de Cuba, sus dirigentes, cuadros y funcionarios.

El análisis anterior demuestra que la protección jurídica de los derechos en Cuba presenta insuficiencias que pueden ser concretadas en:

- El procedimiento de habeas corpus y el amparo en la posesión como únicos remedios procesales específicos con que se cuenta están limitados por su propia naturaleza y finalidad a la protección de determinados derechos.
- El procedimiento contencioso-administrativo en los últimos tiempos ha quedado limitado prácticamente a la posibilidad de impugnar las decisiones de autoridades de la vivienda.
- La actuación del fiscal como defensor de la legalidad presenta como limitante el carácter no vinculante de sus decisiones.
- El derecho constitucional de queja no tiene desarrollo legal al no contar con la legislación complementaria.

Lo anterior demuestra y fortalece nuestra convicción de la necesidad de instituir un mecanismo específico y vigoroso para la pronta y eficaz tutela procesal de todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, que se aporte del sistema ordinario de protección judicial, siguiendo el mandato previsto en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, a la que Cuba está suscrita, que plantea: "*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampara contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y por la Ley.*"

Propuesta para el perfeccionamiento del sistema de garantías a los derechos humanos en Cuba

El sistema de garantías a los derechos humanos actualmente existente en Cuba posee una nutrida composición cuantitativa y cualitativa, pero eso no significa que sea perfecto y suficiente para proteger y tutelar los derechos y las libertades reconocidos a los individuos, sobre todo porque su integración, aunque bastante amplia, no es completa; para comprobarlo, basta revisar el material de mecanismos y vías que conforman

en el derecho comparado los diferentes sistemas de garantías nacionales, tanto de Europa como de Latinoamérica.

Al ser comparado con el existente en nuestro país, notamos que los subsistemas son los mismos, esto es, el jurisdiccional ordinario o extraordinario, el no jurisdiccional (pero jurídico) y el extralegal; sin embargo, la diferencia se halla en los elementos o vías garantistas que conforman cada uno de ellos.

Hoy en nuestro sistema de garantías se nota la ausencia de instituciones universales consagradas y de probada eficacia, al realizar la depuración y la protección de los derechos humanos, tales como la revisión jurisdiccional, el amparo constitucional y el ombudsman, lo cual hace que sea desde el punto de vista cuantitativo inferior a muchos sistemas institucionalizados en otros países. Empero, su dimensión cualitativa está a la altura de cualquiera de los existentes.

Lo anterior no quiere decir que en Cuba no se respeten y protejan los derechos humanos; tal cosa sería una acusación falsa que implica hacerle el juego al imperialismo yanqui y sus aliados internos e internacionales, por cuanto el Estado socialista cubano ha mantenido todo el tiempo una política general en favor de los derechos y libertades de los individuos, ha fomentado la condicionalidad material para la viabilidad social de los mismos, logrando elevar la dignidad humana a suprema altura.

No sólo el Estado socialista sino toda la sociedad cubana ha tenido entre sus tareas fundamentales el desarrollo de una cultura de respeto a los derechos humanos; por eso podemos hablar de calidad del sistema de garantía existente y de sus resultados positivos, aunque no poseamos estadísticas ni elementos empíricos. Tal hipótesis es inferible por el rígido e inexcusable apoyo del aparato estatal y sus agentes a la legalidad, la vigencia permanente para que todos actúen en el marco de la Constitución y la ley.

Como todo no está hecho y no hemos llegado todavía a la perfección constitucional en materia de derechos humanos, de lo cual debemos ser conscientes para poder lograr una nueva y superar la calidad, este capítulo tiene como objetivo incursionar en los cambios necesarios al actual sistema de garantía para lograr una mayor calidad en la actividad de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y los individuos, que dicho sea de paso es coincidente con un propósito estatal, derivado a su vez de una voluntad política en favor de la creación social de un clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos.

La propuesta es lograr el perfeccionamiento en el susodicho sistema, teniendo como presupuesto teórico-empíri-

co y político-jurídico eludir proponer modificaciones a la constitución, lo que implicaría un referéndum.

Por eso nuestra propuesta tiene más bien carácter transitorio, previo y condicionante de futuros y profundos cambios constitucionales, legislativos, institucionales, estructurales, pero que contribuirá a ir fomentando en la sociedad una sólida cultura de respeto a los derechos humanos.

Preferimos, de pronto, las menores modificaciones legislativas y de ser necesario inevitablemente que recaigan sobre las leyes ordinarias; asimismo, poca creación de nuevas leyes y demás disposiciones normativas.

No proponemos crear o introducir nuevas instituciones, como podría ser el ombudsman y un tribunal constitucional para, en el mismo sentido del párrafo anterior, hacer más viable la presente.

Utilizamos la misma estructura estatal, los mismos órganos, a partir del marco constitucional existente, con la sola excepción del necesario cambio a introducir en la composición por las Salas de Tribunal Supremo, ya que la Ley 70 de los Tribunales Populares de 1990, publicada en la Gaceta Oficial el 24 de julio del mismo año, no admite la utilización de la actual estructura para los fines que pretendemos. Entonces la única exigencia de nuestra propuesta sería modificar la citada Ley 70/80, que incluso va a ser modificada por otras razones y que ya de hecho fue alterada con la incorporación de la Sala de lo Económico entre las que componen el Tribunal Supremo y los tribunales provinciales, no prevista en su contenido.

A pesar de la actual composición del Sistema de Garantía Cubano, no existe una protección integral para el caso de los derechos y libertades reconocidas a los ciudadanos e individuos y ninguna para los derechos colectivos, pues todos los subsistemas y vías analizadas están diseñados para ventilar cuestiones de legalidad en sentido estrecho; es decir, actuaciones, actos y resoluciones catalogadas de ilegales, pero no existen vías para ventilar las cuestiones de constitucionalidad estricta sin que aquí signifique la posibilidad de impugnar actuaciones, actos, resoluciones y disposiciones, por causa, lesiones a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución que implica la inconstitucionalidad de aquéllas.

Ninguna jurisdicción puede conocer materia constitucional, ni la Fiscalía puede anular las actas y disposiciones inconstitucionales; exclusivamente puede ejercer la acción de inconstitucionalidad, tampoco se puede condenar a los violadores, pues sin resoluciones no existe el carácter vinculante. En materia de actuaciones inconstitucionales, solamente tiene como alternativa -de ser procedente- ejercitar la acción penal ante los

tribunales ordinarios, que a su vez sólo podrán pronunciarse en lo que a la legalidad de dicha actuación se refiere.

Sin olvidar que al utilizar los mecanismos jurisdiccionales de revisión de resoluciones judiciales (apelación, casación y el extraordinario de la revisión) los individuos tampoco pueden argumentar cuestiones de constitucionalidad como causa de impugnación.

La única posibilidad actualmente establecida para el agraviado es apelar a los mecanismos de poder y dirigirse a los órganos locales y superiores estatales (Asamblea Nacional, Consejo de Estado, Consejo de Ministros y asambleas locales) para pedirles que revisen la actuación de un órgano, institución o funcionario subordinado, y, en su caso, revoquen el acuerdo o disposición en cuestión.

Si se trata de una actuación, esta alternativa pierde *prima facie* eficacia; en primer lugar, por lo que demoraría la solución, además de todos los efectos indicados cuando se analizó el procedimiento administrativo interno.

Pero lo peor del sistema actual radica en la inexistencia de un proceso rápido para restituir inmediatamente al titular en su derecho y reponer la legalidad (sentido amplio) quebrantada, defecto común a todos los subsistemas y sus vías, lo cual no es concebible cuando de la violación de la Constitución (los derechos y libertades que conoce) se trate.

Los mecanismos de defensa constitucional han de estar casi automáticamente frente a las violaciones, con el fin de reponer con inmediatez la voluntad estatal que ésta encierra.

Siendo así, el sistema de garantías a los derechos humanos cubanos está urgido de una vía más ágil o integral para llevar a cabo la defensa y tutela de los derechos y libertades individuales que incluya la posibilidad de proteger los derechos colectivos.

Para ello se debe instituir un nuevo procedimiento tutelar que viabilice con celeridad, oralidad y sumariedad, la denuncia de las lesiones de los derechos humanos en cualquier caso, y la restitución al titular, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir luego a un procedimiento para exigir la responsabilidad penal, material, civil o administrativa al lesionador. Este procedimiento es más urgente para contrarrestar las actuaciones que desconozcan o lesionen los derechos humanos, provengan éstas de individuos, funcionarios, órganos e instituciones estatales y no estatales, así como de cualquier operador social, político y jurídico.

La incorporación de esta nueva vía procesal para titular los derechos humanos debe completar y perfeccionar el sistema de garantías cubano, a cuenta de combatir las disposiciones que lesionen derechos y libertades individuales y

colectivos, desde su entrada en vigor o en el momento en que se aplique, si se trata de las llamadas heteroaplicativas; asimismo, combatir las actuaciones, actos y resoluciones de cualquier tipo que amenacen o lesionen los derechos humanos.

Lo anterior requiere determinar qué órgano o entidad conocerá de las pretensiones de tutela constitucional, quiénes podrán pedir la protección a sus derechos, contra qué, quiénes y cuáles serán las partes en el proceso y las circunstancias y formalidades a través del objeto protegido, si son todos los derechos o sólo los constitucionales los que se realizarían, el tiempo máximo para cada fase y el procedimiento de duración promedio que resolverá la protección y el proceso en general, así como sus efectos y los medios de impugnación a aplicar.

Pero previamente se debe abordar la cuestión de la denominación a otorgar a ese procedimiento y especialmente la cobertura constitucional para su institucionalización.

El constituyente cubano de 1976 no pensó en incorporar una vía tutelar de los derechos y libertades de los ciudadanos y los individuos, distinta a la jurisdiccional, que encargó a los tribunales (art. 26, inciso c y r) y no a la jurisdiccional, con la que responsabilizó a la Fiscalía General de la República (art. 130); tampoco lo hizo la Asamblea Nacional del Poder Popular, cuando realizó la Reforma Constitucional de 1992, que si bien introdujo en esa materia algunos cambios (ver arts. 120-130 del texto constitucional después de la reforma), no cambió en nada el sistema de garantía a los derechos y libertades ya establecido. Era lógico, pues el constitucionalismo cubano posterior a 1959 había asimilado el modelo constitucional socialista, en el que solo se reconocían como vías del sistema de garantías individuales las ya referidas.

No se trata de justificar una reforma constitucional; no manejamos en estos momentos esa posibilidad, como tampoco una violación o desconocimiento del mérito constitucional para subsanar las deficiencias actuales del sistema de garantías cubano, pues sería muy nefasto precedente. La propuesta es hacer una lectura e interpretación de determinados preceptos del texto constitucional en correspondencia con los tiempos que hoy vivimos.

Existe cobertura constitucional para introducir una nueva vía de defensa y protección de los derechos humanos en Cuba. En primer lugar, tanto el constituyente de 1976 como la Asamblea Nacional del Poder Popular, en su condición de órgano con facultad constituyente en el país actualmente, no negaron expresamente esa posibilidad y, en segundo lugar, porque los principios y valores superiores (veáse el trabajo de los autores, Dos pilares básicos) que animaron la elaboración del texto constitucional, la normativa y el espíritu que de ellos

se desprende, dejan evidenciado que el asunto del respeto y protección de los derechos humanos ocupaba un lugar priorizado entre las funciones que se encargaba el Estado socialista (art. 9) y que en definitiva todo el proyecto social comenzado en 1959 y consagrado en dicha Ley Fundamental tiene como fin principal elevar la dignidad humana a superior altura, propiciar el desarrollo social íntegro de las potencialidades del individuo y que nuestra ley de leyes estuviera presidida por ese profundo anhelo de José Martí: "Yo quiero que la ley primera de nuestra república sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre". Sin olvidar que el pensamiento de los líderes de la Revolución, del Estado y del Partido siempre ha sido guiado por esa misión histórica.

Lo anterior se demuestra con la misma obra de la Revolución y el Estado socialista y con toda la legislación anterior y posterior a la entrada en vigor de la Constitución Socialista de 1976.

El texto constitucional simplemente recoge una concepción política y constitucional determinada, arraigada en el país durante más de 30 años y que fue condicionada por conocidas razones históricas, nacionales e internacionales.

Los sucesos ocurridos en el mundo y en el campo socialista en los últimos siete años condujeron ya a la Reforma Constitucional de 1992, por la cual se le hizo al texto original de 1976 un conjunto de modificaciones que eran una exigencia ineludible. Ahí se puso en evidencia una vez más la ductilidad y la dialéctica en la conformación de la política táctica y estratégica nacional; a la citada reforma han seguido una serie de modificaciones y cambios legislativos y estructurales que confirmaron lo anterior. Y es que ante el empeño principal de salvar la patria, la Revolución y el socialismo no caben esquemas, ni conservadurismo.

Con el tema de los derechos humanos no se trata de una cuestión de supervivencia nacional, pero sí de principios insoslayables, de buena fe, de buena voluntad política y de posiciones rectificadoras, en el marco del socialismo que queremos seguir edificando.

La propuesta anunciada parte de utilizar las mismas instituciones en la Constitución, responsabilizada para defender y proteger los derechos y libertades de los individuos, y en tal sentido existe ya la necesaria cobertura constitucional que sería inexistente si se planteara el asunto de crear una institución o un órgano no previsto en el texto constitucional. Nos estamos refiriendo a los tribunales populares y a la Fiscalía; tal como hoy dice el artículo 121 de la Constitución, los tribunales continuarán, según nuestra propuesta, constituyendo un sistema de órganos estatales estructurado con independencia

funcional de cualquier otro, subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y el Consejo de Estado.

El Tribunal Supremo Popular continuará siendo la máxima autoridad judicial y sus decisiones en este orden son definitivas. El cambio en este caso sería en la estructura del Tribunal Supremo Popular y a ello no se refiere la Carta Magna, pues el artículo 120 crea una reserva legislativa para el legislador ordinario.

Incluso las funciones, principios y objetivos que rigen la actividad y el funcionamiento de los Tribunales Populares (Ley 70/90, arts. 2 y 4) no se alteran, por el contrario se solidifican en relación con los individuos.

Por otra parte, nada debe ser modificado en relación con la Fiscalía General de la República; por el contrario se fortalece su misión constitucional de ser garante primero de la legalidad socialista, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones generales (art.127).

Las modificaciones han de enmarcarse en el Reglamento y en la organización y estructuración interna de la Fiscalía, como institución. Teniendo en cuenta que la ley fundamental en tal sentido se limita, en el segundo párrafo del citado artículo 127, a crear nuevamente una reserva de ley, a los efectos que se desarrollen los demás objetivos y funciones de la Fiscalía, así como la forma, extensión y oportunidad en que ejercerá sus facultades con el objeto expresado.

En ambos casos, todo es una cuestión a resolver por la legislación ordinaria, aunque el Parlamento tendrá cuidado de no sobrepasar el mandato constitucional. La exigencia constitucional radica en leer e interpretar el artículo 127, para ampliarle el sentido de incluir como objetivo de control de la Fiscalía no sólo a los organismos del Estado sino también a sus órganos, funcionarios y cualesquiera de sus agentes, lo cual no es exagerado pues los artículos 10 y 66 ya habían fijado que el cumplimiento de la legalidad es deber inexcusable de todos.

El asunto del nombre del proceso que proponemos no es menos simple porque nada dice la Constitución sobre la posible creación de un amparo constitucional ni de su desarrollo posterior por la ley ordinaria; también es cierto que en los artículos 26 y 63 está la cobertura constitucional para la institucionalización de la nueva vía para defender y tutelar los derechos humanos, tanto en su dimensión individual como colectiva.

En el artículo 26 se habla del derecho de toda persona a obtener la tutela judicial efectiva y el amparo de los tribunales, y la nueva interpretación establece que donde dice "persona" se refiere a la natural y a la jurídica; que en el

concepto de "daño" se incluye el ser despojado de cualquier derecho o perturbado en su goce y ejercicio, y que del término "reparación" se deduce que también incluye la restitución o reposición al titular del derecho lesionado.

El artículo 63, establece el derecho de queja y petición, el cual requiere que en la nueva lectura e interpretación se defina que de dicho derecho se derivará la posibilidad del lesionado de acudir ante el Fiscal General de la República para que éste en su nombre y cumpliendo el mandato constitucional del citado artículo 127 ejercite la acción ante la Sala Especial del Tribunal supremo. Esta, en correspondencia con lo dicho en el artículo 26, conoce del asunto y usando su jurisdicción (art. 120 c.r.) resuelve lo pertinente, declarando lo que en derecho proceda.

La principal limitación del artículo 63 es que al referido derecho de queja y petición le otorga el carácter de derecho político, al autorizar solamente a los ciudadanos para su ejercicio.

Aquí la interpretación debe ser en el sentido, de que para buscar en los tribunales la tutela, que preceptúa el artículo 26, podrán también ejercer este derecho las "personas" (art. 26) sin la condición de ciudadanía y colectiva.

Siendo así, se cumplirán todos los requisitos con irrestricto apego a la Constitución, su letra y espíritu, para introducir la *Queja Constitucional* en el sistema de garantía a los derechos humanos en Cuba.

De la argumentación anterior se deduce que seguimos el criterio de que sea el Fiscal General de la República el único órgano legitimado para ejercer la acción de queja constitucional a favor y en nombre del titular que se considere lesionado en sus derechos y libertades, sea individual o colectivo.

Se hará uso de derecho de petición al Fiscal General por conducto de la Fiscalía Municipal de la localidad o del lugar donde se haya cometido la amenaza o lesión referida.

El Fiscal municipal designado a estos efectos elevará la queja al Fiscal provincial correspondiente, sin que pueda tomar una decisión contraria. Este último abrirá un expediente para la dicha queja y tendrá exclusivamente la función de realizar las investigaciones pertinentes y elevar al Fiscal General de la República el citado expediente en el plazo de 72 horas.

Ningún Fiscal provincial podrá decidir sobre la inadmisión de la queja, a menos que ésta haya sido originada por una actuación que con su intervención cese la amenaza o la lesión, sin haber dejado efectos negativos o perjudiciales para el agraviado, en cuyo caso estará obligado a hacer advertencia al agraviante de abstenerse en lo sucesivo de incurrir en similar actuación.

Cuando se trate de quejas originadas por actos, resoluciones o disposiciones, el Fiscal provincial estará obligado a completar el expediente y continuar su tramitación.

La acción de queja constitucional se ejercerá ante la Sala Especial del Tribunal Supremo Popular, la que dentro de las 96 horas siguientes a su admisión dictará resolución fundada declarando lugar o no a lugar la queja, y en consecuencia hará todos los pronunciamientos que en derecho corresponden.

La Resolución de la Sala Especial del Tribunal Supremo se comunicará al agraviado por conducto del presidente del Tribunal Provincial Popular correspondiente, trámite que se realizará en el plazo de cinco días.

La Resolución positiva que resuelve el expediente de queja constitucional tendrá carácter declarativo sobre los efectos de los derechos y libertades que se protegen y condenatorios en relación con el agravante, señalando el plazo y la manera en que se restituirá al lesionado y la forma y cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios, de ser procedentes. Asimismo identificará al agravante y fijará sus obligaciones respecto al agraviado y al asunto resuelto.

La Resolución de la Sala Especial del Tribunal Supremo se comunicará además al Fiscal General, al agravante y a su superior jerárquico con los pronunciamientos que en derecho procedan, y a los efectos de evitar la reiteración de una actuación similar y de tomar las medidas administrativas que de dicha resolución se derive o se indique.

Si la queja constitucional fue originada por un acto, resolución o disposición, la Sala Especial del Tribunal Supremo podrá hacer los pronunciamientos siguientes:

- Cuando se trate de disposiciones normativas tales como leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o de rango similar que hayan sido aplicados directamente y causaron una lesión a los derechos y libertades, declarará la inaplicación de los mismos, comunicándolo además al órgano emisor, a los efectos pertinentes.
- Cuando se trate de disposiciones normativas de las que se citan en el párrafo anterior ya declaradas inaplicables, reiterará la declaración y remitirá la cuestión al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo para que, de entenderlo procedente, ejercite la acción de inconstitucionalidad para la que está legitimado.
- Cuando se trate de actos aplicadores de disposiciones normativas ocasionadoras de lesión a derechos y libertades, declarará la anulación de éstos y los comunicará al órgano emisor y a su superior jerárquico.

Contra las resoluciones de la Sala Especial del Tribunal Supremo no cabe recurso alguno y una vez publicada tendrá la autoridad de cosa juzgada sin que puedan ser revocadas o reformadas.

La queja constitucional podrá establecerse contra todo acto, actuación, omisión, decisión y disposición emitido y realizado por cualquier órgano, organismo, funcionario y agente del Estado o de cualquiera de los operadores políticos, económicos, sociales y jurídicos que amenacen o lesionen los derechos y libertades individuales y colectivos.

También contra las amenazas y lesiones provenientes de los particulares o grupos de éstos.

Este procedimiento tutelar los derechos y libertades individuales y colectivos, los contenidos en la Constitución tanto en el capítulo VII como fuera de éste; también aquéllos reconocidos en la legislación ordinaria que forma parte del conjunto de derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948.

A los efectos del procedimiento que aquí se propone, todos los días y todas las horas son hábiles y los plazos son perentorios e improrrogables, pues de ahí depende la eficacia del proceso.

Igualmente la eficacia está relacionada con la inmediatez y obligatoriedad del cumplimiento del fallo por parte del agravante, so pena de ser condenado penal y administrativamente por su renuencia a cumplir lo mandado por la Sala Especial de la Resolución.

De otra parte, el procedimiento que proponemos será concentrado, pues la competencia para conocer y resolver los procesos de queja constitucional es exclusiva de un órgano, la Sala Especial del Tribunal Supremo Popular, de jurisdicción ordinaria, ya que no se crea un Tribunal Especial sino que se amplían los mismos tribunales ordinarios y es además subsidiario a los mecanismos existentes, pues debe agotarse la vía judicial y administrativa procedente, a menos que la amenaza o lesión produzca daños irreparables e implique una violación masiva y flagrante a los derechos humanos, caso en el cual la queja constitucional se planteará de forma directa.

El Fiscal General de la República, previa revisión del expediente, decidirá si procede ejercer o no, la acción de queja constitucional, teniendo como indicadores para la decisión, la existencia de una amenaza cierta e inminente o una lesión a los derechos y libertades reconocidas a los individuos y los colectivos, que la amenaza o lesión tenga trascendencia para él o los agraviados, o que causen efectivamente un daño,

perjuicio, limitación o impidan el libre ejercicio de los dichos derechos y libertades.

Si el Fiscal General decide no ejercitar la acción de queja lo comunicará al interesado en dictamen razonado, pudiendo además hacer indicaciones a los fiscales territoriales para que le den el tratamiento de queja no constitucional, como ahora se hace. En el caso contrario, redactará demanda fundada en los hechos que dieron lugar a la queja constitucional y argumentará lo que procede en derecho, haciendo además mención expresa y clara de el o los derechos amenazados y lesionados del titular en nombre de quien actúa y la concreción de la actuación, acto, resolución o disposición que se combate, así como la identificación del agravante.

Al recibir el expediente de queja constitucional, el Fiscal General también podrá decidir la opción de medidas provisionales o cautelares para impedir que la lesión ocasione daño o perjuicio irreparable o simplemente la misma continúe; asimismo, y en los casos de disposiciones de carácter general impugnadas por inconstitucionales, ejercerá la acción de inconstitucionalidad ante La Asamblea Nacional del Poder Popular, en defensa política de la Constitución.

Estará legitimada para dirigirse al Fiscal General de la República, instándolo para que ejercite la acción de queja constitucional en su nombre, toda aquella persona natural o jurídica o cualquier grupo de éstos sin personalidad jurídica propia que considere amenazados o lesionados sus legítimos derechos o libertades.

Bibliografía

- Alvarez Tabio Fernando, *Procedimiento contencioso administrativo*, La Habana, Ediciones Librería.
- Arenas Salazar Jorge, *La tutela, una acción humanitaria*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993.
- Bidart Gelsi Adolfo, "Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Iberoamérica", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXXIII No. 53, La Plata, 1993.
- Caneda Acosta Cedelio, *El Amparo y su jurisprudencia*, La Habana, Cultural S.A., 1953.
- Centro de Derechos Humanos, *Derechos Humanos, Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Naciones Unidas, Nueva York, 1988.
- Centro de Estudios Constitucionales, *Constitución Española 1978-1988*, ts. I, II, III, Madrid, 1988.
- Comisión Andina de Juristas, *Lecturas Constitucionales Andinas*, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1991.

- Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Gaceta* (agosto 1990, 90/0 noviembre 1990 90/4, marzo 1991 91/8), Ciudad de México.
- Constitución y Tribunal Constitucional*, Biblioteca de Legislación, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1990.
- Córdova Triviño, *El Defensor del Pueblo*, Ediciones Jurídicas, Colombia, 1992.
- Fix Zamudio Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Editorial S.A., 1982.
- Protección jurídica de los derechos humanos, estudios comparativos*, México, Colección Manuales, 1991.
- Lezuano y Mazón Andrés, *El habeas corpus constitucional*, La Habana, Editorial Librería Selecta, 1948.
- Leyes políticas del Estado, Biblioteca de Legislación, Madrid, Editorial Civiles S.A., 1989.
- López Castillo, *El recurso de Amparo*, La Habana, Jesús Montero (ed.), 1932.
- Moteagri, Guillermo, *El poder judicial y la Constitución*, La Habana, Editorial Cultural S.A., 1951.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derecho poder del Estado*, Madrid, Ediciones de la Universidad Complutense, S.A., 1991.
- Raimundo Torrado, Fabio, *Derechos humanos en Cuba*, La Habana, Editora Política, 1988.
- Riera Encinoza Argenis, *Sumario sobre la Ley Orgánica de Amparo*, Caracas, Venezuela, Ediciones Libra, Serie Legislación/1 1988.

Garantías y defensa de los derechos fundamentales de la ciudadanía cubana

Marta Prieto Valdés

Profesora auxiliar de teoría del Estado y del derecho, y derecho constitucional
Facultad de Derecho Universidad de La Habana

- I. El objetivo de esta ponencia es valorar las distintas formas de protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos cubanos, permitiéndome hacer algunas recomendaciones que a mi juicio posibilitarían avanzar un poco más en la defensa de los derechos subjetivos públicos, los derechos de la personalidad y los derechos sociales o de prestación o siguiendo la denominación más usual entre nosotros, derechos y libertades civiles, derechos y libertades políticos y los derechos socioeconómicos y culturales tutelados expresamente por el texto constitucional de 24-2-1976 reformado el 12 de julio de 1992.

Como premisa está el admitir que la protección de los derechos ciudadanos posee deficiente instrumentación jurídica, tanto en el orden constitucional, como en la legislación ordinaria. Es por ello que inicio este trabajo haciendo algunos comentarios acerca de la estructura del texto constitucional cubano y la ubicación de algunos de sus contenidos para luego valorar la propia fórmula y los procedimientos y vías para la defensa de los derechos constitucionales.

- II. Es sabido que la mayor parte de los textos constitucionales han tenido y tienen entre sus contenidos esenciales la regulación del estatus jurídico del individuo, en especial de los derechos ciudadanos, ya sea como parte del propio texto, resultante de una adición o enmienda y hasta el extremo de que los derechos fundamentales estén contenidos en la parte neta-

mente ideológica del texto fundamental. Actualmente todos están presentes en la protección de ciertos derechos "fundamentales".

Cierto es también que bajo esa denominación se encontraban solamente los derechos subjetivos públicos, pero que con posterioridad a la Revolución Mexicana y a la Constitución de Querétaro de 1917, la Revolución de Octubre contra la Rusia zarista y la Constitución de Weimar de 1919, se incluyeron otros derechos, denominados sociales o de prestación, aunque no siempre en la misma parte de los fundamentales.

Nace aquí la distinción en la regulación y en la garantía de los derechos contenidos en las constituciones: los denominados fundamentales en capítulo especial y con protección jurídica de igual rango y los restantes derechos contenidos en el texto con la sola garantía de su inclusión en la Ley Constitucional.

Luego de estudiar varias veces la Constitución cubana y desde hace mucho tiempo, me pregunto si esa fue la técnica que empleó el legislador cubano y en especial los constituyentes del 76, lo cual no creo, o si la ubicación de algunos derechos fuera de ese capítulo se debe a dificultades y necesidades de la sistematicidad interna. Lo cierto es que el derecho de sufragio, tan importante para un Estado democrático, no está formulado en el capítulo de los Derechos fundamentales y sin embargo es un principio básico dentro del sistema político de la sociedad cubana, en la formación del Estado y se ha cuidado la existencia de la legislación sustantiva de carácter ordinario que desarrolle los preceptos constitucionales. A mi juicio es un derecho fundamental.

También la propia semántica y estructura empleadas pueden dar lugar a dudas. El derecho a la herencia está regulado expresamente, aunque en el capítulo de los fundamentos económicos, políticos y sociales del Estado cubano no está entre los derechos fundamentales, pero por su ubicación es fundamental. ¿Cómo catalogarlo? ¿lugar y denominación empatizan?

Con la propiedad sucede otro tanto; la fórmula constitucional está dirigida a la protección de la institución de la propiedad y por su ubicación en la ley se considera como un fundamento económico del Estado cubano. Por derivación recibe protección el derecho de propiedad y ese mismo hecho nos ha llevado a catalogarlo como un derecho socioeconómico y fundamental a pesar de no estar contenido en el capítulo especial.

- III. Otro punto es cuando a las garantías en la determinación de los contenidos esenciales de los derechos regulados constitucionalmente y de los límites previstos para cada derecho. Si el

texto es programático y la formulación es general, al desarrollar los derechos mediante la normativa ordinaria el legislador no debe abrirse de los límites previstos y tampoco puede el Tribunal variarlos en cada caso. Puede suceder también que el mandato constitucional de elaborar la ley que regule de forma concreta el ejercicio del derecho fundamental no se cumpla, hay una omisión al mandato constitucional; en este caso, ¿quién será el intérprete? ¿quién podrá interpretar? ¿quién le pone los límites al Tribunal?

El texto cubano es en alguna de las partes de carácter programático, no todos sus preceptos son de aplicación directa, se requiere de la legislación ordinaria que desarrolle los contenidos constitucionales dentro de los límites previstos para cada derecho, pero hay mandatos incumplidos o parcialmente cumplidos. Por ejemplo, las libertades de palabra y prensa. La Ley que regule el ejercicio de las mismas no se ha dictado, y no existe la regulación del Código Penal relativa a la violación y al abuso de las mismas.

Respecto a la Ley Electoral Nº 72/92, la situación es diferente. En ella se produce una ampliación de los requisitos para el sufragio activo y pasivo y la fórmula del voto directo puede modificarse en ocasión de elecciones para cubrir cargos vacantes. Aparece aquí lo específico como excepción al principio general.

- IV. También existe el criterio de que son fundamentales aquellos derechos que reciben protección especial, conforme a intereses socio-políticos prevalecientes, independiente del lugar que ocupan en el texto legal.

En tal sentido, el derecho de queja y petición contenido en el capítulo de los Derechos fundamentales sería poco fundamental, ya que la obligación de respuesta está establecida sólo para la esfera de la administración, y ante la falta de respuesta -silencio administrativo- sólo cabe otra petición. No cuenta además con una legislación ordinaria que desarrolle el precepto constitucional y permita concretar su contenido.

Sin embargo, este es un derecho que requeriría de especial protección, pues ante la carencia de otras vías expeditas, está muy definido entre la población. El derecho de queja y de petición se emplea para instar al control de la legalidad y para la defensa de derechos ante los órganos del poder estatal y ante el Partido Comunista como garante fundamental.

De todo lo anterior se deduce la urgencia con que deben ser llenados los vacíos legislativos y que esta legislación se elabore la correspondencia con el contenido esencial de los derechos cuyo ejercicio pretende regular. Esta es la principal garantía en el plano formal para el disfrute pleno de los

derechos, evitando así que el Tribunal se convierta en legislador por medio de la interpretación judicial y que el "operador" sea generador de Derecho en la práctica administrativa.

- V. En cuanto a las garantías de los derechos fundamentales ya constitucionales u ordinarias, orgánicas o jurisdiccionales, también el ordenamiento jurídico cubano requiere especial atención.

En la doctrina se conocen varias garantías o procedimientos e instrumentos para la defensa de los derechos fundamentales, el control constitucional, el habeas corpus, el amparo judicial ordinario y el amparo constitucional, el recurso o acción de inconstitucionalidad, el mandamiento de seguridad, el defensor de los derechos del pueblo, el Ombudsman, el Ministerio Público, las garantías en estado de excepción y provenientes del procedimiento rígido de reforma constitucional respecto a los derechos fundamentales.

1. El control constitucional abstracto previo y posterior no es un medio esencialmente para la defensa de los derechos fundamentales, lo es derivadamente, en tanto su objetivo es la defensa de la Constitución. En Cuba este medio tiene poco desarrollo a pesar de la formulación constitucional de que es la Asamblea Nacional del Poder Popular el órgano encargado para decidir la constitucionalidad de las leyes y del Reglamento de la propia Asamblea Nacional. El control previo le corresponde al Ministerio de Justicia mediante su Dirección de Legislación, aunque en la práctica este organismo funciona sólo como tramitador de la publicación de las disposiciones en la Gaceta Oficial de la República. El control posterior se establece de oficio de manera funcional, cada órgano a las subordinadas. Se admite otra forma, mediante la promoción de un procedimiento por cuestiones de constitucionalidad ante la Asamblea Nacional del Poder Popular, respecto a las disposiciones generales dictadas por la propia Asamblea y por las demás instituciones estatales. Se legitiman las direcciones Nacionales de las organizaciones sociales y de masas como órganos superiores del Estado y a 25 ciudadanos en conjunto. Es criticable tanto la denominación como la decisión de que sea ante la Asamblea Nacional, en tanto que ella es juez y parte de las determinaciones, así como el hecho de que no pueda un ciudadano individualmente promover el escrito. No debemos olvidar las dificultades que tendrían que afrontar los 25 ciudadanos para de conjunto promover el escrito y previamente concurrir ante el notario

público que certifique que cada uno de los integrantes del grupo se haya en el pleno goce de los derechos civiles y políticos.

Conforme a la preceptiva constitucional no hay la posibilidad de sacar otro órgano y sería bastante difícil por la forma de entendimiento en la concepción de la unidad de poder y de la existencia o no de un poder constituyente o de un poder superior al órgano representativo de la soberanía popular. Debemos advertir que le corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular el control de la constitucionalidad de las disposiciones generales por medio de su Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos como paso previo a la decisión parlamentaria.

Debe reconocerse la posibilidad de la acción (individual) pública en defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales en general.

Aun cuando en la doctrina es discutido el momento viable para la presentación del escrito en relación con los efectos de la declaración, debe admitirse en cualquier momento posterior a la entrada en vigor de la disposición general con el objetivo de brindar seguridad jurídica a la ciudadanía en cuanto a los hechos realizados con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad, los efectos deben ser *erga omnes*, de derogación general, indicando la ausencia de retroactividad. Debe el ciudadano tener representación letrada obligatoria como una garantía al conocimiento y a la promoción. Debe provocar el reconocimiento del derecho y cuando sea posible su restitución.

2. El habeas corpus, garantía procesal del derecho a la libertad individual, no tiene entre nosotros protección constitucional. Sería conveniente incorporarlo a la Ley Fundamental. Reconocer su viabilidad en nuestra sociedad no niega el respeto que por el hombre ella profesa.
3. El amparo es una institución que en la legislación latinoamericana y española es esencial en la defensa de los derechos. Comprende defensa de presión, habeas corpus, revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, casación civil contencioso-administrativa y defensa de los derechos fundamentales. Entre nosotros el amparo es tristemente limitadísimo, se restringe sólo al amparo en la posesión cuando el sujeto es propietario y sus efectos reales son muchas veces discutibles. Estimo recomendable ad-

mitir en nuestro sistema de garantías el establecimiento de un amparo judicial ordinario como garante primario para la defensa de derechos o en todo caso reconocer una vía necesaria que ha de agotarse antes de pasar a la vía extraordinaria.

4. De las restantes medidas relacionadas, sólo encontramos entre nosotros la existencia del Ministerio Fiscal con una función de carácter general, para la defensa de los derechos fundamentales, derivada del control de la legalidad; implica protección general de los derechos derivada de la salvaguarda de la legalidad.

La Fiscalía de oficio o de instancia de parte está facultada para realizar las investigaciones que estime pertinentes ante supuestas violaciones de la ley, con el objetivo de lograr su esclarecimiento, la determinación de medidas y exigir la restauración del orden transgredido, pero sus decisiones sólo tienen fuerza obligatoria en su institución, no tiene carácter vinculante respecto a altos órganos y entidades. ¿Qué control de la legalidad puede realizar si sus pretendidos mandatos pueden considerarse como sugerencias? Ante esto se impone la aprobación de una disposición normativa con rango de la Ley orgánica que establezca, además de la estructura, integración y atribuciones de la Fiscalía, el carácter obligatorio para todos los órganos del Estado, entidades, organizaciones y ciudadanos en las decisiones y mandamientos relativos al control de la legalidad y a la defensa de los derechos de los ciudadanos en caso de transgresión a las mismas. Es necesario, además, que se establezcan los mecanismos requeridos para hacer cumplir los mandamientos y la responsabilidad en que incurrieron sus violadores. Sería entonces el Ministerio Fiscal órgano de control y protección.

5. Otra institución es el establecimiento, por medio de la constitución, de las garantías a los derechos en períodos de excepcionalidad del Estado. Recientemente esta fórmula fue incluida en el texto cubano mediante la Reforma Constitucional de 12 de julio de 1992, siguiendo doctrina de su necesidad para la defensa del Estado y de la Nación. Otros aducen que es para la defensa del Estado como bien común y general, no para salvaguardar al Gobierno que puede ser detentador de los derechos. La América Latina tiene muestra de estos estados de excepción, de sitio, de asamblea, de conmoción nacional, de emergencia económica y como resultado de golpes y autogolpes

de Estado, como dictaduras militares institucionalizadas y por tanto con una permanencia no discutible aun cuando sean esencialmente violadores de los derechos humanos.

La institucionalización de las garantías en estado de excepción es necesaria en casos de agresión externa, de desastres naturales, de emergencia económica y de conmoción interna, entre otros, y que suponen, por tanto, restricciones a la democracia y a las libertades ciudadanas, debe quedar nítidamente regulada en las constituciones, precisando qué derechos y por qué períodos de tiempo serán suspendidos o regulados de manera diferente; asimismo, debe normarse la jurisdicción a que será sometida la ciudadanía y los órganos y mecanismos de control de tal declaración.

La constitución cubana señala las causas, el órgano facultado para hacer la declaración, pero deja el resto de la información a la regulación de ley ordinaria que aún no ha sido dictada; por ello es preciso que se dicte cuanto antes la ley del estado de emergencia.

6. Por último y como una garantía por excelencia para los derechos fundamentales o derecho que se tiene en cualquier esfera de la vida social, permítaseme proponer el procedimiento de inconstitucionalidad por vía judicial con carácter extraordinario o amparo constitucional para ser presentado: (a) como medio de defensa contra actuaciones judiciales dictadas en última instancia en la jurisdicción ordinaria; (b) como recurso fuera de actuaciones judiciales contra resoluciones definitivas en la vía administrativa que lesionen derechos no fundamentales; c) contra cualquier decisión particular y disposición normativa no general lesiva de los derechos fundamentales no recurribles por otra vía, y d) podría ser procedente también contra decisiones de particulares, sean individuales o sociales cuando lesionen derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sería empleado para accionar, además, contra los representantes legales de las asociaciones económicas o empresariales cuando consideren que una disposición es lesiva a los derechos de los trabajadores de las mismas o a un ciudadano en sus derechos constitucionales.

Este recurso no debe ser considerado como una tercera instancia ni revisión ni supercasación; es extraordinario para ser empleado luego de agotadas otras

vías posibles. Una garantía jurisdiccional que reclama un espacio en el sistema de defensa y protección de los derechos fundamentales y respecto a la cual existen condiciones propicias para su restablecimiento.

Entre sus efectos podemos señalar: a) no tendrá carácter derogatorio general, lo será sólo respecto al caso o disposición particular lesiva del derecho subjetivo; b) provocará el reconocimiento de derechos la reparación del daño y cuando sea posible la institución del derecho.

Podrá ser presentado en todo momento y, en tal sentido, sus efectos no podrán ser retroactivos. Sería aceptable la fórmula contraria pero entonces es necesario establecer período de admisibilidad y algunas excepciones a su observancia por incapacidad parcial o ausencias temporales. Su apelación sería posible ante el Pleno del propio Tribunal.

Conforme a la normativa constitucional referida a los tribunales de justicia, la función de impartir justicia es ejercida a nombre del pueblo por el Tribunal Supremo Popular y sus decisiones son irrecurribles. Ante tal situación, no es posible pensar en un Tribunal Constitucional; no creo además que sea posible ni estructuralmente conveniente crear un órgano que se independice y que se sitúe por encima del resto de los órganos de poder estatal y en particular del órgano que exprese la soberanía popular, al menos por el momento.

Por tanto, es procedente y viable, además de necesaria, la creación de una Sala de las Garantías Constitucionales o Sala de los Derechos en el Tribunal Supremo Popular, TSP, la cual estaría integrada por jueces de cada una de las demás salas del propio tribunal. Este último requerimiento es esencial para evitar la contraposición en los fundamentos teórico-dogmáticos y en las decisiones adoptadas. Evitaría la separación de esta sala especial aunque también sería un impedimento para la prosperidad de la petición en contra del TSP en cualesquiera de sus demás salas, lo cual, aunque parezca una paradoja, serviría de uniformidad en los fundamentos que argumentaría el pleno en caso de apelación.

Sería esta una garantía más eficaz en la defensa de los derechos constitucionales o no de los ciudadanos cubanos.

No es necesario realizar reforma a la Constitución para propiciar reconocimiento expreso a tal procedi-

miento pero si se considerase necesaria me atrevería a hacer una interpretación extensiva del art. 26 y el criterio de que si son fundamentales todos los derechos que aparecen en el texto constitucional, independientemente de su ubicación por el solo hecho de su consideración como tal a resultas de la voluntad predominante, estimaría entonces que ese derecho a reclamar y a obtener reparación o indemnización en el fundamento del amparo constitucional cuando el derecho ha sido lesionado por funcionario o agente del Estado. Si fuese por actuación de particular, la primera oración del artículo 62: "ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida en contra de lo establecido en la Constitución y las leyes...", sería el fundamento para iniciar el proceso, teniendo como base la violación del derecho subjetivo como actuación contraria al derecho.

Bibliografía Legislación:

Constitución de la República de Cuba de 24-2-1976, reformada el 12 de julio de 1992, GOE Nº 7 de 1º de agosto 1992, págs. 33-48.

Ley Electoral Nº 72 de 29 de octubre de 1992, GOE Nº 9 de 2 de noviembre de 1992, págs. 51-66.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral Nº 7 de 19 agosto de 1977, GOE Nº 34 de 20 agosto 1977, págs. 417-479.

Decreto-Ley Nº 67 "de la Organización de la Administración Central del Estado" de 19 abril de 1983. GOE Nº 9 de 19 abril de 1983, pág. 61 y ss.

Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 5 de agosto de 1982, GOE de 30 agosto 1982.

Artículos textos:

Alvarez Tabio, F., *El recurso de inconstitucionalidad*, Edit. Librería Martí, La Habana, 1960.

Arteaga Nova, E.. "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias", Rev. *Alegatos* Nº 22, Universidad Autónoma Metropolitana de México, Sept.-Dic. 1992, págs. 39-69.

Bastida Freijedo, F.J. y Requejo, J. L. "Cuestionario comentado de derecho constitucional", *El Sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1991.

Bockenforde, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Requejo Pagés y Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

Figueredo Barrieza, A., "Amparo y casación civil. Relaciones entre el tribunal constitucional y el poder judicial", en la *Ley*, Rev.

jurídica española de doctrina y jurisprudencia y bibliografía N° 1801 de Sept. 18 de 1987, Madrid.

Fix-Zamudio, H., *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, Edit. UDUAL, Por buex, 1988.

García Cotarelo, R., "Teoría del Estado y sistema político" (II) Parte especial, Fac. de Ciencias Económicas, UNED, Madrid, 1986.

García Sayán, D., "Derechos humanos, democracia y estado de emergencia", revista Por el Imperio del Derecho, Boletín de la Comisión Andina de Juristas N° 2, de Jul. de 1983, Perú, págs. 54-60.

Prieto Valdés, M. y Glez, H. "Derechos de la personalidad, su protección", ponencia inédita presentada en Taller D. Humanos, Fac. Derecho UH, La Habana, Nov. 1993.

Rowat, D., "El Ombudsman en el mundo", comentario de M. Pérez López en Rev. *Alegatos* N° 22 en Sep.-Dic. 1992, págs. 253-255. Univ. Autónoma Metropolitana de Mexico.

Algunas consideraciones del derecho de queja: su tratamiento teórico y doctrinal

Carlos Villabella Armengol

Joyced Iglesias Pérez

Mariannee Cepero Melián

Presentación

El presente trabajo constituye la parte teórica de una investigación solicitada por el Departamento de Legalidad de la Fiscalía Provincial, en el año 1992.

La problemática fundamental se presentaba en la alta carga de atención al público y en la tramitación de expedientes por concepto de *quejas ciudadanas* de las cuales, luego de procesadas, sólo un ínfimo porcentaje realmente precisaba de la atención de este órgano, por constituir violaciones de la legalidad.

Al contrario de lo que los autores pensaron en un inicio, el estudio de la temática, a profundidad, evidenció que no sólo había una problemática práctica a investigar sino que, además, el tratamiento teórico y legislativo del asunto daba espacio a no pocas disquisiciones teóricas.

La investigación, una vez concluida, arrojó las siguientes conclusiones:

- El derecho de queja es una valiosa opción ciudadana, por su importancia política y democrática.
- Se denota la necesidad de la legislación complementaria que lo legisle e instrumente.
- El tratamiento que se le da a las quejas ciudadanas en las diferentes organizaciones e instituciones es disímil, ante la falta de regulación jurídica.
- En la Fiscalía, las quejas constitutivas de violaciones

de la legalidad forman un porcentaje pequeño con relación al total que se recepcionan, lo cual aporta para el organismo un trabajo significativo.

- Se evidencia así mismo que la mayoría de quienes recurren a la Fiscalía habían agotado anteriormente otras instancias y eslabones, por lo que acudían a dicho organismo como instancia última de posibilidad de solución a su situación.
- Por lo anterior, el tratamiento de este derecho en la Fiscalía tiene una especial importancia.

Evaluación histórica del derecho de queja en el constitucionalismo cubano

Basados en datos de archivo, los historiadores señalan como primer antecedente del tema que tratamos, la institución que se creó desde los inicios de la colonización española en nuestro país, para acoger las denuncias y quejas de peninsulares y más tarde hasta de criollos contra acciones de los funcionarios. Pero es el Real Decreto del 23 de septiembre de 1888 el que se cita como primer documento que recogió pormenorizadamente y con cierta aplicabilidad aspectos relacionados con este derecho. No profundizamos en el estudio de este asunto en las constituciones españolas de la época pues, como se sabe, tuvo en nuestro país muy poca vigencia, dada su poca relación con las condiciones concretas, cuestión que se protegía en la fórmula "... se acata pero no se cumple ..."

La gesta insurreccional que comenzó en 1808 tuvo la característica de que sus dirigentes desde el inicio quisieron organizarla, institucionalizarla y legalizarla como una verdadera evolución. En abril de 1859 se promulgó la primera Constitución Maubisa conocida como la Constitución de Guáimaro, a la que le siguen la de Baraguá en marzo de 1878, la de Jimaguayú en septiembre de 1895 y la de Yaya en octubre de 1897.

Así, los citados textos se convierten en antecedentes primarios de nuestro constitucionalismo revolucionario, en los que se desarrollan anticipada y genialmente principios hoy contenidos en nuestra Constitución Socialista de 1976.

En la Constitución de la Yaya del 29 de octubre de 1897 es donde se localiza el primer antecedente constitucional del estudiado derecho, cuando en el artículo 9 del Título II señala: "Los cubanos pueden dirigir libremente peticiones a las autoridades con derecho a obtener resolución oportuna..." De ahí se desprenden tres señalamientos: estaba concebido sólo para los "ciudadanos cubanos", en la acepción "peticiones" generalizan todo planteamiento o queja que se podría realizar y se consideraba el derecho de obtener respuesta.

La intervención norteamericana que arrebató la independencia lograda por la sangre mambisa derramada durante más de 10 años, dio un vuelco a la historia de nuestro

país, caracterizándola desde entonces por el entreguismo servil y la docilidad genuflexa al imperialismo. De aquí que los textos constitucionales que emanan de esta etapa seudorrepública se expresan como formales y poco ligados a nuestras realidades.

En los documentos constitucionales de esta época tuvo cabida la comentada protección del derecho; así, el artículo 27 de la Constitución de 1901 la recoge de forma muy similar a como lo expresaba la Constitución de la Yaya: "Toda persona tiene el derecho a dirigir peticiones a las autoridades, de que sus peticiones sean resueltas y de que se les comunique la resolución que a ellas recaiga". Vale la pena comentar que se cambió la categoría de cubanos por "toda persona", lo que convierte literalmente al derecho en más amplio; señala, además, la obligatoriedad por parte de la autoridad de resolver la petición, lo que va más allá de la simple respuesta que planteaba el artículo antes comentado; habla igualmente de "petición" y no de queja.

Este texto constitucional fue modificado en 1928, lo que no significó un cambio en la redacción de este precepto. Asimismo, el estatuto constitucional del Gobierno Provisional, del 14 de febrero de 1933, tampoco planteó ninguna redacción nueva para este derecho.

La Ley Constitucional de la República de Cuba, del 3 de febrero de 1934, en el artículo 28, formula con mayor amplitud el derecho de queja, al expresar: "Toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a las autoridades, que sus peticiones sean resueltas y que se le notifique las resoluciones que a ellas recaigan.

"Las leyes fijarán término para dictar resolución en las peticiones formuladas y en todos los recursos administrativos que se concedan y para su notificación a los interesados, pero en ningún caso esos términos podrán exceder de noventa días.

"Vencido el término que la ley conceda o el de noventa días, si ésta no establece otro menor o no lo tiene señalado, sin que se haya dictado la resolución y notificado la misma a los interesados, se entenderá declarado sin lugar el recurso establecido y podrá interponerse el que contra esa resolución consigne la ley".

Como se percibe, este artículo es más extenso en su redacción, vuelve a hablar de "toda persona", por lo que cabe pensar que incluye la posibilidad de que los extranjeros hagan uso de él; también se mantiene el término de "peticiones". Plantea como elemento el deber de "resolver" la petición, lo que da idea de solución positiva y el de notificar la resolución que recaiga sobre la misma.

Vale la pena comentar, como elemento nuevo, que se habla de dos términos: el que señala la ley, o en su defecto el de 90 días, mencionando en la propia letra del artículo los "recursos administrativos" para que se rijan por el mismo tiempo, lo que da idea de considerar la queja como un recurso administrativo. Por último, hay señalar que se acoge la institución del silencio administrativo al interpretar la no respuesta de la autoridad, como no acogida la queja.

La Ley Constitucional de la República del 11 de junio de 1935 volvió a retomar la forma de exposición de la Constitución de 1901, al señalar en el artículo 29: "Toda persona tiene el derecho de dirigir peticiones a las autoridades, de que sus peticiones sean resueltas y de que se le notifiquen las resoluciones que a ellas recaigan".

La presión de la opinión pública y la presencia de comunistas en la Asamblea Constituyente modificó la redacción del derecho que comentamos, señalando: "Toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a las autoridades y que le sean atendidas y resueltas en un término no mayor de 45 días comunicándoles lo resuelto.

"Transcurrido el plazo de la ley, o en su defecto el indicado anteriormente, el interesado podrá recurrir en la forma que la ley autorice, como si su petición hubiere sido denegada".

El artículo no plantea ningún elemento diferente a los ya comentados, vuelve a hablar de "persona"; sigue dando la idea de que la "petición" debe resolverse positivamente. Como el artículo anterior, hace mención a dos plazos, aunque aquí reduce a 45 días el término que señala la Constitución; también acoge la institución del silencio administrativo.

A diferencia de la Ley Constitucional del 34, no incluye en el mismo artículo los recursos administrativos, aunque habla de recurrir si es denegada la petición hecha, lo que da idea de que puede homologarse a un recurso con diferentes instancias.

En 1952 se produce el golpe de Estado de Fulgencio Batista, acabando el período constitucional. Tal acción fue legalizada y justificada mediante los Estatutos Constitucionales del 4 de abril de 1952 que en su artículo 36 preceptuaba la existencia de este derecho: "Toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a las autoridades y a que le sean atendidas y resueltas en un término no mayor de 45 días, comunicándosele lo resuelto. Transcurrido el plazo de la ley, o en su defecto el indicado anteriormente, el interesado podrá recurrir, en la forma que la ley autorice, como si su petición hubiese sido denegada". No comentamos esta redacción pues no se diferencia de preceptos anteriores ya analizados.

Con el advenimiento del triunfo revolucionario de 1959 se promulgó la Ley Constitucional del 7 de febrero de ese mismo año que legalizó e institucionalizó el nuevo poder. Esta ley, en cumplimiento del Programa del Moncada, declaró vigente la Constitución de 1940 modificándola en algunos preceptos que no se avenían a las nuevas realidades.

En el caso particular del derecho ciudadano a la queja, la letra de la Constitución progresista de 1940 no sufrió modificación alguna. De esta forma quedaba consagrado en iguales términos este derecho, rigiendo su vigencia hasta la Constitución Socialista del 24 de febrero de 1976.

Importancia del derecho de queja como derecho político

El derecho de queja tiene un especial significado político aun cuando dentro de la propia doctrina burguesa se lo ha tratado de negar.

Su contenido político está dado por la naturaleza de la organización política, en tanto sólo es posible concebirse en la relación del ciudadano con el sistema político, relación que tiene, ante todo, un carácter clasista.

El derecho de queja se otorga como una garantía que tienen todos los ciudadanos de dirigirse a las autoridades a presentar peticiones, quejas, proposiciones, constituyendo un vínculo directo de éste con los diferentes niveles de dirección estatal.

Por su naturaleza y función actúa como un derecho político, en tanto, amén de ser una acción muy libre de los ciudadanos, evidencia sus intereses, preocupaciones y deseos.

Es también por sus características una importante forma de evaluación y control de la gestión de los diferentes órganos del Estado y sus funcionarios, contribuyendo a asimilar las deficiencias del aparato estatal y a mantener el respeto de la legalidad.

Es a su vez una vía de expresión de la opinión pública y de retroalimentación para el Estado y sus dirigentes en el conocimiento de motivaciones, aspiraciones y anhelos de la población.

El derecho de queja es accequible a todos los ciudadanos y puede ser ejercitado libremente sin ninguna restricción, lo que es muestra de la madurez ideológica de aquéllos.

Constituye, así mismo, expresión del principio de soberanía popular, de la independencia y autodeterminación de un pueblo.

El derecho de queja está íntimamente relacionado con las demás garantías políticas, libertad de palabra y prensa, libertad de reunión y manifestación, derecho de asociación y libre ejercicio de la crítica. Sólo tiene su materialización real en el marco de las relaciones socialistas de producción, donde

existe una propiedad social que engendra igualdad económica, base de la igualdad social y política, y donde la no existencia de contradicciones antagónicas condicionan la colaboración y la necesaria participación de todos los ciudadanos en la actividad estatal.

Ningún país en el mundo ha desarrollado como principio político el derecho de los ciudadanos de escribir a los más altos niveles del Estado y a sus dirigentes más importantes, manifestando sus inquietudes y sentir, sabiendo que de ellos se derivará una respuesta.

Este método de intercambio, diálogo permanente, se ha convertido en un estilo de trabajo de la revolución basado en la retroalimentación, en el respeto a la opinión de cada ciudadano, en la obligación de dar respuesta a su planteamiento, cuestión que se ha enraizado como tradición revolucionaria y sobre cuya base se asienta y fortalece el derecho constitucional a expresar quejas y opiniones.

Este derecho funciona además como importante eslabón de la democracia.

En el socialismo, el pueblo como sujeto fundamental participa en la actividad estatal y en la toma de decisiones en forma directa o indirecta; de allí que se conjugue la democracia directa o participativa y la democracia indirecta o representativa. La democracia directa comprende el orden en virtud del cual las decisiones se toman sobre la base de la expresión directa y concreta de la voluntad de todos los ciudadanos. En nuestro país, elementos de este tipo de democracia están refrendados jurídicamente en la Carta Magna de 1976 y son, por ejemplo, el referendo, discusión popular de proyectos legislativos, elección de los miembros a diferentes instancias del poder popular, derecho de revocación de todos los elegidos por sus electores, rendición de cuentas de los primeros a los segundos, libertad de palabra y prensa, libertad de reunión, asociación y manifestación, el derecho de queja, la iniciativa legislativa, etcétera.

Frente a estos mecanismos se combinan los de democracia indirecta o representativa que se manifiesta en la actividad y funcionamiento de los demás eslabones del Gobierno y del Estado, elegidos por las asambleas en representación del pueblo y entre los cuales se manifiestan los mismos principios de revocación y rendición de cuentas de estos eslabones a quienes los eligieron.

El derecho de queja es una importante forma de democracia directa porque:

1. relaciona al ciudadano con las instancias estatales tomando parte activa en la dirección de los asuntos de la sociedad;

2. constituye un valioso medio para ejercer la crítica multilateral desde abajo respecto a las violaciones de la legalidad y las deficiencias que presenta la gestión estatal y administrativa;
3. constituye un mecanismo para perfeccionar los métodos y estilo de trabajo de los distintos eslabones de la actividad estatal, administrativa y sociales;
4. deviene en fuente de conocimiento de los pensamientos y estados de ánimo de la ciudadanía;
5. es vía de aporte, criterios e ideas sobre disímiles actos;
6. constituye una forma de ejercer la libertad de palabra y prensa;
7. resulta una forma de control de la actividad estatal;
8. constituye forma de control de la legalidad como principio autárquico e inviolable que obliga a los ciudadanos pero también a los órganos estatales;

Análisis conceptual del derecho de queja

La Constitución de la República de Cuba en su artículo 63 plantea: "Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir atención o respuestas pertinentes en plazo adecuado, conforme a la ley".

Lo primero que se evidencia en el precepto es: "todo ciudadano tiene derecho...", por lo que puede entenderse que dada la forma en que está redactado, sólo pueden formularla los ciudadanos cubanos. No da cabida a los extranjeros que se encuentren o residan en territorio cubano, porque se refiere a "todo ciudadano" y no a "toda persona". Esta cuestión la resuelve la propia Constitución en el artículo 34, introducido luego de las modificaciones de 1992, que señala: "Los extranjeros residentes en el territorio de la República se equiparan a los cubanos: ... en el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes reconocidos en esta Constitución, bajo las condiciones y con las limitaciones que la ley fija".

Antes de la introducción en la Constitución del capítulo dedicado a la extranjería, cabían dos interpretaciones en relación con el problema comentado: una a favor de que el artículo era sólo válido para los cubanos que hubiesen adquirido esta condición, por una vía u otra, pues el legislador constitucional era claro al decir "cubanos"; o a *contrarius sensu*, en la intención del constituyente no estuvo la intención de excluir de los beneficios de los derechos ciudadanos, a los extranjeros residentes en nuestro territorio, cuestión que se veía ratificada un tanto con la práctica de la Revolución.

El segundo elemento presente en el concepto es que este derecho consiste en "dirigir quejas y peticiones..." Desde el punto de vista teórico-doctrinal el derecho de queja ha sido

analizado por estudiosos de la materia entre los que no hay *consenso*. Las primeras contradicciones estriban en el alcance que pueda tener la denominación "queja", desprediéndose de ello diferentes criterios acerca de su clasificación, contenido y naturaleza.

Uno de los criterios más difundidos en cuanto a su agrupación es el que establece Benigno Pablo Castellanos en su libro *Quejas contra el burocratismo*, donde distingue:

Proposición o sugerencia: Planteamiento que generalmente no está relacionado con la violación de los derechos de los ciudadanos, y va encaminado al perfeccionamiento del trabajo del sistema de órganos estatales y sociales en actividades de la economía nacional o en materias sociales o administrativas. La proposición generalmente persigue hacer llegar una experiencia avanzada, llamar la atención para el mejoramiento de alguna cosa, etc. Las proposiciones abarcan disímiles temas: problemas organizativos del aparato estatal, del orden público, de la legalidad, sobre necesidades materiales y espirituales de la población.

Petición o solicitud: Está relacionada con la insatisfacción de alguna necesidad habitacional o doméstica o bien de índole sociocultural o de otra especie, a las cuales hay que prestar atención por estar vinculados en su inmensa mayoría con derechos establecidos para la población o con intereses jurídicamente tutelados, tales como problemas de seguridad social, laborales, de viviendas, etc.

Queja: Es una reacción ante la violación de un derecho o un interés jurídicamente tutelado por las leyes, constituyendo un medio eficaz de lucha para eliminar toda una serie de tendencias negativas que se detectan en el trabajo del sistema de órganos estatales y sociales de nuestro país.

Reclamación: No difiere en gran medida de la queja, pero se ha enumerado con la modalidad terminológica usada fundamentalmente en las Fuerzas Armadas Revolucionarias, el Ministerio del Interior y otras dependencias a ellos vinculadas y que tienen una recurrencia jerárquica, regulada específicamente.

Carta Denuncia: Es un planteamiento hecho por carta, dirigido a poner en conocimiento de alguna autoridad, la perpetración de un delito, sus actos preparatorios u otra violación. Por tanto, la Carta de Denuncia no puede tramitarse por idénticos procedimientos que otros tipos de planteamiento, toda vez

que sus trámites, su examen y comprobación tiene sus especificidades.

Advertencia: Es un planteamiento muy similar a la queja. Generalmente trata de avisar, alertar a las autoridades, a los funcionarios estatales acerca de algo que se ha hecho o de algún acto que no esté en correspondencia con las leyes. Se trata de una acción y omisión que afecta los intereses del Estado proletario o sus instituciones sociales o los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos.

Publicaciones críticas: Constituyen planteamientos de la población que se insertan a los medios de difusión masiva, por lo que tienen gran importancia. En las publicaciones críticas -dice Benigno- una misma carta puede contener una queja y una solicitud o una queja o una proposición o una advertencia. Puede darse el caso de que no se trate ni de una queja ni de una petición u otra modalidad; puede ser una carta de saludo, una carta de adhesión a algunas medidas, a alguna ley, etc. En este caso esa información es muy útil, pues nos permite aquilatar las opiniones de la población sobre asuntos concretos, pero de ella no se deriva consecuencia.

Aunque esta agrupación de las diferentes modalidades de la Queja no es desacertada, somos del criterio que cualquiera que se haga, tiene que ser en relación con el motivo fundamental sustrato de este derecho; la insatisfacción personal ante algún problema no resuelto o de un derecho o prerrogativa menoscabada, separándose de aquí, por su contenido, el planteamiento que sea para felicitar, alertar, etc.

Queja: Se produce ante la violación de un derecho o un interés jurídicamente tutelado o la no conformidad en el tratamiento dado, la respuesta ofrecida, donde puede haber maltrato, dilación, negligencia u otra forma de burocracia o manifestación de abuso en el poder. Aquí entra la Queja preceptuada en la clasificación anterior, la reclamación y la advertencia.

Petición o solicitud: Insatisfacción ante un problema no resuelto, una necesidad material o espiritual que persigue mediante su ejercicio, su solución. En el fondo es posible encontrar la violación de un derecho o una garantía, el maltrato o el abuso como causas.

A nuestro entender se separan del contenido del artículo 63 por su naturaleza y fines, la proposición y sugerencia, la carta denuncia, la advertencia y las publicaciones críticas, esta última tocante en sus fronteras muy cerca de la queja, pero expresión más bien del artículo 54 de la Constitución, que regula la libertad de palabra y prensa.

La reclamación, a diferencia de lo planteado, no es sólo un recurso oficial en las instancias militares, pues también puede serlo en una civil, cuando se reclama algo formalmente en un nivel jerárquico determinado. En dicha acción, en una jerarquía u otra, hay un espíritu quejoso, pues se reclama algo, con intenciones de obtener respuesta o satisfacción, ante una violación de un derecho o creencia de que ello se ha producido, por lo que pensamos que dicha modalidad la subsume la Queja.

Junto al contenido de este derecho está el aspecto de la instancia que puede conocer del mismo y que el citado artículo define como "... las autoridades ...", no especificando ni el nivel ni el tipo de autoridad, de lo que se desprende que en tanto es un derecho ejercido libremente por cada ciudadano, puede ser materializado ante cualquiera de los elementos componentes de nuestra organización política a saber: Estado personificado en su aparato de órganos, mecanismos e instancias, Partido Comunista de Cuba, Unión de Jóvenes Comunistas y demás organizaciones sociales y de masas y en cualquiera de sus niveles e instancias.

Es importante puntualizar que este derecho no es una petición contra el Estado, como han señalado algunos autores, sino la reclamación ante una autoridad.

Una vez definido esto, cabe señalar la obligación que tiene la autoridad que conoce de la queja y que el artículo define literalmente como "... recibir atención o respuesta pertinente ...", de lo que se desprende hasta dónde llega el alcance en la actuación de la mencionada autoridad.

El precepto no plantea acertadamente "resolver", pues ello puede crear una obligación no compatible, en tanto a esa autoridad no le toca resolver materialmente el problema o simplemente la queja interpuesta carece de fundamento.

El artículo constitucional señala atinadamente la obligación de atender y responder. En la respuesta puede estar contenida la solución del problema, o junto a ella puede ir la acción de instar a quien debe resolver, reparar el daño o resarcir, o puede estar contenida también la estipulación acertada de que la queja no tiene sentido o se ha actuado correctamente en su momento por la autoridad en cuestión.

Lo señalado se complementa necesariamente con lo que plantea el artículo 26 de la Constitución: "Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por funcionario o agente del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley".

Aquí se consagra el principio de la responsabilidad

estatal por los hechos cometidos por sus agentes sin distinciones de su cargo o jerarquía y que puede estar motivado por actos que sin constituir responsabilidad penal conforman una acción u omisión en la que puede haber abuso de derecho y donde haya culpa o negligencia y tengan una repercusión en la vía civil o administrativa.

El precepto constitucional establece por último que la respuesta por la autoridad debe brindarse "... en plazo adecuado, conforme a la ley..."

Cabe señalar que dicha ley es inexistente, cuestión muy defendida por algunos autores que plantean que de reglamentarse los detalles procesales del ejercicio de la queja, perdería la espontaneidad que debe caracterizarla, requisito fundamental en el ejercicio de cualquier derecho y cuestión con la que no estamos totalmente en desacuerdo, pero la ausencia de una legislación única provoca un vacío que da lugar a disímiles interpretaciones y dificultades que se analizarán más adelante.

Como norma jurídica sólo es tratada por el Decreto-Ley 67 de los organismos de la Administración Central del Estado que en su artículo 52 r) preceptúa al término de 60 días y el procedimiento general del tratamiento con que cuentan dichos organismos para la queja.

La Constitución, como es obvio, no habla de causas, pero pueden generalizarse las siguientes:

- Quebrantamiento de la legalidad, de forma, en el término, o en fondo de la ley.
- Violación de un derecho ciudadano previsto en la Constitución.
- Violación de un interés jurídicamente tutelado, considerando como tal las garantías consagradas por nuestra sociedad y que no constituyen precisamente derechos constitucionales.
- Actuar burocrático.
- Dilación en el trámite de algún problema de forma tal que provoque insatisfacción o malestar.
- Abuso de poder que no llega a violar una norma pero crea irritación.
- No solución de un problema por negligencia.
- Desconocimiento en la ciudadanía de sus derechos e instancias a las cuales recurrir y apelar éstos.
- Creencia subjetiva de que se es poseedor de un derecho.

Por otra parte, este derecho lo podrán realizar todos los ciudadanos sobre la actividad de cualquier órgano o funcionario, existiendo plena garantía para las personas que se dirijan a las instituciones oficiales a formular su queja o petición, incurriendo en responsabilidad penal los funciona-

rios que lo violen. Así lo plantea la Ley 62, nuestro Código Penal vigente, en su artículo 292 inciso c): "Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas, al que impida u obstaculice que las personas dirijan quejas y petición a las autoridades", convirtiéndose en agravante "Si se comete por funcionario público con abuso de su cargo" (111), "La sanción a seis meses de privación de libertad hasta dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas o ambas".

Otro elemento a señalar es la proximidad que existe entre los planteamientos de índole colectiva que hacen en las reuniones y las quejas y peticiones que formula la población haciendo uso del antes mencionado artículo 63 de la Constitución, diferenciándose en que este último se tiene que ver como un derecho individual que puede esgrimir cualquier ciudadano; aunque se puede dar el caso que un colectivo determinado eleva una queja y ésta debe ser oída y atendida, pues es la opinión de un grupo de ciudadanos respecto a determinada cuestión. Pero la queja, como derecho, supone la instancia individual fundamentalmente, ya que es motivada por la afectación a un individuo, teniendo ésta un carácter mucho más espontáneo.

La materialización de los derechos de reunión, manifestación, asociación, libertad de palabra y prensa, regulados en los artículos 53 y 54 de la Constitución, tipifica mejor el malestar o la queja colectiva que el ejercicio del artículo 63.

Cabe agregar por último que el derecho que comentamos, al igual que los demás preestablecidos en la dogmática constitucional, tienen la única limitante que no pueden ser ejercidos contra lo estipulado en la propia Constitución y las leyes ni contra la existencia y fines del Estado socialista ni la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo, como cita textualmente el artículo 61 de nuestra ley de leyes.

Resumiendo lo tratado aquí podemos señalar que a tenor de la definición del derecho de queja hecho por la Carta Magna de 1976 se pueden generalizar los siguientes principios que lo informan:

- Es un derecho ejercido únicamente por ciudadano cubano y extranjero residente en el territorio.
- Constituye fundamentalmente una instancia individual.
- Su ejercicio no contiene ninguna restricción o limitación.
- Es ejercido libremente ante cualquier autoridad.
- El ciudadano que lo ejercita debe ser atendido y recibir respuesta.

- Se acepta como término procesal en general del derecho para las diferentes instituciones, los 60 días previstos en el Decreto-Ley 67.
- Su ejercicio tiene protección penal.
- El Estado se responsabiliza por el actuar de sus agentes y funcionarios que pueden motivar quejas.
- Su contenido fundamental es la insatisfacción por la violación de algún precepto, un derecho, un tratamiento inadecuado o la simple creencia subjetiva de que se tiene el derecho.

Otras consideraciones teóricas

El derecho de queja y los recursos

¿Es la queja un recurso? De serlo, ¿es un recurso aplicable en qué jurisdicción? ¿Puede ser aplicado a este derecho la institución del silencio administrativo? ¿Cabe el ejercicio de la queja ante la actividad discrecional de la administración?

Las respuestas a los anteriores interrogantes no parecen ser cuestión obvia, al menos por las posiciones encontradas que hay entre los estudiosos y lo cual constituye un tema importante en el debate teórico de esta cuestión y sobre las cuales haremos algunas consideraciones.

El recurso en sentido gramatical significa acción de recurrir, vuelta al sitio de donde se salió, petición por escrito, arbitrio, medios especiales. Es el acto mediante el cual se viabiliza una facultad, se ejercita una acción, se reclama frente a una decisión que nos deniega un derecho.

Jurídicamente pudiéramos definir que el recurso es la acción que se deriva de la ley a favor de la parte que se considera perjudicada por una resolución judicial para pedir al mismo juez, tribunal o autoridad que la ha proferido, que le deje sin efecto o sea modificada en determinado sentido, o para acudir a otro juez, tribunal o autoridad competente, en solicitud de que sea revocado, suspendido o mejorado el fallo que se reporta perjudicial. Caben judicialmente, recursos ante las decisiones en cualquier jurisdicción.

Sin realizar un análisis de todos los recursos que admite nuestra legislación en las diferentes vías, lo cual se escapa del presente trabajo, cabe que generalicemos algunos elementos característicos de los mismos:

- Se produce ante la afectación de un derecho subjetivo.
- Constituye una acción o prerrogativa del destinatario que:
 - se establece siempre ante autoridad judicial o administrativa.
 - en la misma instancia o una superior.
- Su ejercicio está regulado por requisitos previstos en la ley.

- Le precede siempre un acto previo en el que hay una decisión o fallo de una determinada instancia.
A contrario sensu de lo resumido en líneas precedentes el derecho de queja:
- Se produce no sólo ante la afectación de un derecho subjetivo sino, como ya hemos citado, en las causas: ante una violación, un maltrato, un abuso, insatisfacción de una respuesta o la violación de un interés jurídicamente tutelado.
- Es interpuesto libremente por el ciudadano ante autoridad judicial, institución estatal, organización política o de masa y ante la instancia de éstos que él decida; incluso puede ser presentado a la vez ante varias de estas autoridades y sus instancias.
- Su ejercicio no está sujeto a requisitos ni regulaciones especiales.
- El derecho no siempre es ejercido al producirse un fallo o decisión judicial, puede ser provocado, en general, por cualquier acción que se reporte perjudicial al quejoso o sólo ante la creencia subjetiva de que se posea el derecho.

El derecho de queja y el silencio administrativo

Otro aspecto controvertido en el plano doctrinal en derecho se refiere a la relación con la institución del silencio administrativo.

El artículo 672 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral donde se regula el silencio administrativo, plantea que: "Cuando la autoridad administrativa en cualquiera de los grados de su jerarquía, no resuelve cualquiera de los recursos dentro del plazo legal o, en su defecto, del de 45 días naturales, el interesado podrá considerarlo desestimado al efecto de establecer frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso, o esperar que sea dictada la resolución expresa para establecer el proceso en la forma ordinaria".

El profesor Fernando Alvarez Tabio en su obra *Comentario a la constitución socialista* cita que el mencionado artículo 672, cuando se refiere a recursos, no utiliza una fórmula técnica que excluya cualquier petición o reclamación sino es más bien una expresión que incluye peticiones, reclamaciones o recursos ante un órgano administrativo, agregando que el artículo 63 de la Constitución, que regula el ya citado derecho de queja, no va contra esta posibilidad.

Explica que ante la no respuesta de una queja cabe la aplicación de la institución del silencio administrativo y de su término de 45 días, ya que como él plantea siempre que se pide algo, cualquier cosa que sea, entra a desempeñar un papel, la institución del silencio administrativo.

De esto se concluye que el citado autor considera el derecho de queja como un recurso o al menos la posibilidad de convertirse en ello o ser tratado como tal, pues el mencionado artículo de la L.P.C.A.L. es taxativo cuando señala "recursos".

En lo que respecta a la posible consideración que dentro de la fórmula "cualquier recurso" del 672 quepa el "recurso de queja", consideramos que cuando dicho artículo se refiere a "recursos" entiende por tal los descritos en la propia ley entre los que no cabe el "derecho de queja" por los argumentos ya expuestos.

Ello se ve reforzado por el hecho de que el artículo 657 de la L.P.C.A.L. estipula que no corresponden a la jurisdicción administrativa las materias constitucionales y el mencionado derecho es una materia constitucional.

En este sentido, es de señalar también que el Decreto Ley 67, aplicable a las diferentes autoridades administrativas, establece el término de 60 días para resolver las quejas en ellos interpuestas, lo que entra en contradicción con los 45 días de la institución del silencio administrativo y estando vigente este acto normativo, que es posterior a la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, se aplica en este sentido el término que estipula el mismo.

Estas razones que sirven para ratificar nuestra posición de que ante la respuesta denegatoria de un recurso por parte de la autoridad administrativa cabe otro recurso en el término y con el procedimiento establecido en la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral pudiendo hacerse uso aquí de la institución del silencio administrativo.

Pero si ante el silencio de la administración o su respuesta denegatoria lo que se va a interponer es una queja, entonces se hace uso de este derecho en la vía administrativa, acogiéndose a los 60 días y al procedimiento que impone el Decreto Ley 67.

El derecho de queja y la discrecionalidad administrativa

Discrecionalidad es la facultad que tiene la administración de decidir, eligiendo entre varias formas posibles de comportamiento, dentro de los límites jurídicos establecidos en la norma y sin que algunas de estas formas tenga preferencia sobre las demás. Por lo tanto cualquier solución elegida por la administración es válida jurídicamente.

Es la libertad de la administración para determinar y decidir su conducta frente a otros sujetos, en cuanto a los aspectos de esa conducta no precisados concretamente por la ley y de acuerdo con las circunstancias específicas del caso.

Es necesario no confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, ya que el acto dictado en uso de la potestad

discrecional está sometido a reglas y condiciones, además de que la administración tiene que ser justa y atender al interés y utilidad pública.

Las discrepancias comienzan con el análisis de la posibilidad o no de ejercer control sobre los actos dictados en uso de la potestad discrecional.

El profesor Héctor Garcini señala que el acto discrecional puede ser objeto de control; ya sea interno o por parte de órgano administrativo superior al que emitió el acto; o jurisdiccional, que lo realiza el órgano del Estado encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad.

Sin embargo, en el artículo 657 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral se señala que no corresponde a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se suscitan con relación a las disposiciones que emanen de la autoridad competente concernientes al ejercicio de la potestad discrecional.

Muchos autores se manifiestan sobre la interpretación dogmática de este postulado y señalan que debe quedar bien plasmado en la norma, que lo que no se debe controlar de forma estricta es la decisión como tal que adopta la administración, pero que sí debe ser objeto de control la facultad que emitió el acto, analizando si es competente para ello y si la decisión se enmarca o no dentro de los límites establecidos de la potestad regulada. Es decir controlar que no sobrepase lo establecido en las normas legales que amparan su competencia, ni los principios del derecho administrativo y por lo tanto que la decisión tomada no afecte en ningún sentido los intereses de la sociedad ni del Estado en general.

De esta norma se llega a admitir por parte de algunos estudiosos la posibilidad de ejercer control sobre actos dictados en uso de la potestad discrecional de la administración, aunque este control no pueda referirse a los elementos discrecionales del acto.

Es en este mismo espacio donde se inserta la polémica de si el derecho de queja cabe contra los actos discrecionales o no.

Independientemente del debate de los administrativistas de si los actos discrecionales de la administración deben ser controlados o no, creemos que al no ser la queja un recurso sino un derecho ejercido libremente, puede ser utilizado contra todo acto discrecional, ante la misma autoridad u otra distinta, pues ya ha quedado analizado que como derecho constitucional no tiene requisitos especiales su ejercicio ni fronteras su uso.

- Bibliografía** Alvarez Tabio Fernando, *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1981.
- Asamblea Nacional del Poder Popular, *Temas para seminarios a diputados, delegados y cuadros del poder popular. Reglamento. Normas Reglamentarias de las Asambleas Provinciales y Municipales*, Editorial Ciencias Sociales, 1982.
- Clemente Zamora Juan, *Manual del derecho Constitucional: Parte General* Universidad de La Habana, 1979.
- Compilación de Actos Normativos, *Los derechos de los Ciudadanos Soviéticos*, Editorial Progreso, 1980.
- Declaración de los derechos del Hombre y el Ciudadano del 27 de agosto de 1789, Francia.
- Declaración de independencia. Valoración de la Independencia de las Trece Colonias.
- Diccionario de derecho Usual*, Edit. Atalaya, Buenos Aires. Argentina.
- Engels Federico, *Anti Düring*, Edit. Ciencias Sociales, 1977.
- Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, *La organización estatal en Cuba. Discursos, artículos y otros documentos sobre el derecho constitucional*.
- García Hernández Gilberto, *Constitución. Deberes y derechos*.
- Grigorian L., *Conocimientos básicos acerca de la Constitución Soviética*, Editorial Progreso, 1981.
- Grigorian L. y Dolgo Pólov, *Fundamentos del derecho estatal soviético*, Editorial Progreso, 1979.
- Infiesta Ramón, *Historia constitucional de Cuba*.
- Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de la URS, *Introducción al derecho soviético*, Editorial Progreso Moscú, 1988.
- Marill Rivero, *Constitución de la República de Cuba*, Temática, Legislación Complementaria.
- Pablo Castellano Benigno, *Quejas contra el burocratismo. Problemas actuales del perfeccionamiento de la democracia socialista en Cuba*, Editorial Política, La Habana, 1988.
- Pereza Chapean José, *Selección de Lecturas de Derecho Constitucional*, Ciudad La Habana, 1985.
- Poder Popular Provincial, *Indicaciones metodológicas para la atención y control de las quejas, solicitudes y sugerencias de la población. Los problemas y necesidades de la población. Su relación con los planteamientos emitidos a las instancias nacionales*, Camagüey, junio, 1990.
- Proyecto primera versión para las indicaciones metodológicas para la atención y control de las quejas, solicitudes y sugerencias de la población.

Santiago Suárez Margarita y Benito Menéndez María Teresa, "Comportamiento del control popular como forma de democracia directa", trabajo de diploma.

Topornin B., *Nueva Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, Editorial Progreso, 1978.

Vega Vega Juan, *Comentarios a la Constitución de la República*.

Velazco Mugarra, Miriam (abogada del bufete colectivo) y Valentín López Alvarez (abogado de la Dirección Provincial de la Vivienda Camagüey), *Tratamiento de la queja en la jurisdicción agraria*.

Villabella Armengol Carlos Manuel, *Documentos para el estudio de la historia constitucional cubana* (comp.).