

Tres presupuestos para el reconocimiento de los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento jurídico cubano

Analyze of doctrinal positions for the recognition of general principles of law as a source of Cuban law

Carlos Justo Bruzón Viltres

Máster en Derecho Internacional Público

Universidad de La Habana

Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas

Universidad de Granma - Cuba

Lianet B. Palacio Castillo

Licenciada en Derecho por la Universidad de Granma.

Profesora, Universidad de Granma – Cuba

cbruzonv@udg.co.cu

lpalacioc@udg.co.cu

Recibido: 04/08/13 Aprobado: 26/11/13

«El principio es también la parte esencial y primera de donde proviene una cosa: y así la carena es el principio del buque, y el cimiento es el principio de la casa; y el principio de los animales es, según unos, el corazón; según otros, el cerebro; según otros, por último, otra parte cualquiera del mismo género»

Aristóteles

RESUMEN

En el presente artículo se realiza un análisis en torno a la necesidad de plantear presupuestos para el reconocimiento de los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento jurídico cubano. La investigación parte de la problemática identificada sobre la indeterminación del sistema de fuentes jurídico-formales en el Derecho cubano, entre ellas los principios generales. Como resultado principal se aportan tres presupuestos básicos necesarios para reconocer el valor de fuente a los principios generales del Derecho, contribuyendo con ello a la sistematización e integración del ordenamiento jurídico cubano.

PALABRAS CLAVE

Principios generales del derecho, ordenamiento jurídico, fuentes del derecho, derecho cubano.

ABSTRACT

This paper analyzes aspects surrounding the need to determine some requirements for the recognition of the general principles of law as sources of the Cuban legal system. The research begins from the problem identified regarding the indeterminacy of the sources of law in Cuba, including the general principles. As a result three main requirements needed to recognize the value of source to the general principles of law are provided, thus contributing to the systemization and integration of the Cuban law.

KEY WORDS

General principles of law, legal system, sources of law, Cuban law.

INTRODUCCIÓN

La problemática acerca de las fuentes del Derecho en Cuba.

En el ordenamiento jurídico cubano no existe pronunciamiento normativo alguno acerca de la determinación de las fuentes del Derecho. Se considera, no obstante, como fuente principal al acto normativo, muy estrechamente vinculado a la concepción *legalista* del sistema jurídico cubano, visión profundamente permeada por la experiencia de los países del extinto campo socialista.

De esta manera, tanto en la práctica, como en lo que a partir de la propia Constitución cubana puede inferirse, la ley, en su sentido genérico, es la única fuente de Derecho, tanto en su aspecto formal, como material.

La solución normativa al problema de las fuentes jurídicas en Cuba se distanció al derogarse el antiguo Código Civil español vigente en Cuba desde el siglo XIX, que diera paso a la actual ley civil sustantiva de 1987. Con esta derogación se dejó sin efecto el artículo 1 de aquel cuerpo normativo, cuya formulación ofrecía un espacio a la aplicación supletoria de otras fuentes en ausencia de ley, incluidos los principios generales del Derecho, posibilidad que hoy no existe, al menos identificada positivamente.

Esta situación objetiva, desprendida de la omisión normativa del sistema de fuentes por parte del legislador¹, abre al mismo tiempo el camino a una interesante controversia sobre el reconocimiento de los modos de creación del Derecho en Cuba, y a un conjunto de especulaciones científicas, divididas. Lo

cierto es que en el contexto jurídico cubano actual la teoría sobre las fuentes marcha por un sendero y la práctica por otro.²

Esta opinión puede traducirse en una conclusión básica: se asume como única fuente formal al acto normativo, mientras logran verificarse otras manifestaciones concretas de vías para la creación jurídica. Una de dichas formas es un peculiar tipo de jurisprudencia generada en la actividad del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular³. Otra, que es objeto de estudio en el presente artículo, es la aplicación de los principios generales de Derecho.

1. DESARROLLO DEL TEMA

Es posible afirmar que no ha existido un tratamiento uniforme al problema de las fuentes del Derecho en Cuba, y que suele ubicarse de manera fragmentada en el estudio de las distintas disciplinas dentro de la Ciencia Jurídica. Salvo en las lecciones de Teoría General del Derecho, donde se realiza un análisis más abarcador, no exento de contradicciones entre autores.

Para Cañizares (1979: 63–64), por ejemplo, la costumbre debe ser suprimida como fuente, entre otras razones por su inoperancia histórica. Sin embargo, el profesor Fernández (2004) ha apuntado que:

(..) en nuestro sistema igualmente se pueden generar costumbres, hábitos, maneras de proceder sumamente humanas, paradigmáticamente solidarias y, en consecuencia, no todas las costumbres de la sociedad en que vivimos son rezagos conductuales del pasado. En la práctica se han ido asentando nuevas costumbres que

1 Pérez Carrillo, siguiendo el modelo H. L. A. Hart, identifica dos causas principales de indeterminación del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico en Cuba: “la falta de regulación por el legislador de un sistema explícito de fuentes en el ordenamiento jurídico (...); y, por otro lado, la indeterminación a causa de la “textura abierta” del mismo”. Cfr., Pérez (2010: 306).

2 “Continuar asumiendo que es el acto normativo y no otra, la vía por la que se origina nuestro Derecho, no se corresponde con la realidad y la práctica actuales”. Cfr., Bruzón (2013).

3 Esta forma ha sido identificada por varios autores y consiste esencialmente en el valor que desde el punto de vista de la creación del Derecho, poseen en la actualidad las instrucciones, dictámenes y acuerdos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que han contribuido a brindar soluciones a supuestos no establecidos en la norma, superando así su función interpretativa para coadyuvar a la integración, actualización y armonización de nuestro ordenamiento jurídico (Cfr., *inter alia*: Matilla (2006: 33-219); Prieto (2002); Mendoza et al (2001: 9-18); Rodríguez (1997); Bruzón (2013)).

son exclusivas de nuestra sociedad, lo contrario implicaría negar las transformaciones de nuestra sociedad civil (...).(63)

Este autor, aunque no le da a los principios un reconocimiento explícito como fuente formal, sí flexibiliza su posición en torno a este hecho posible.

Sucede igualmente respecto al estudio de la jurisprudencia como fuente del Derecho en Cuba. Autores como el propio Cañizares, Grillo (1993:17) o Pérez (2007) desestiman esta como fuente, posición relativizada por otros autores⁴. Llega a sentenciarse incluso que “en la Cuba de la Revolución está absolutamente dirimido que la jurisprudencia o la doctrina legal no es fuente formal del Derecho” (Fernández, 2004: 73–74).

En buena medida estas opiniones doctrinales reflejan una tendencia que no ha sido exclusiva de este escenario jurídico. Son reconocidos en el plano de la Teoría del Derecho algunos estudios de autores de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que han seguido casi invariablemente la línea del reconocimiento único del acto normativo, de la ley en sentido genérico, como fuente del Derecho en los sistemas jurídicos socialistas.⁵

La polémica en el terreno doctrinal se agudiza en razón de una necesidad objetiva: al no regularse normativamente el sistema de fuentes, se “obliga a que sean los autores los que en cada caso definan, al solo efecto docente, y sin un apoyo sólido del

Derecho vigente, cuáles deben ser las fuentes formales en cada área del Derecho” (Mendoza et al, 2001: 11).

Retomando la cuestión del vacío normativo existente respecto a la regulación del sistema de fuentes en Cuba, que es al fin la base del problema identificado, puede justificarse el hecho de no haberse establecido éste en el texto constitucional –lo cual se defiende en esta investigación como premisa– entre otras razones, debido a su regulación previa en el Código Civil español vigente en Cuba, que le daba plena validez a lo contenido en el artículo 1 de aquella disposición normativa; o al hecho de que como documento esencialmente programático, tal vez el constituyente de 1976 no previó la trascendencia de establecer el sistema de fuentes jurídicas en el propio texto constitucional.

Una vez promulgado el Código Civil cubano, en 1987, se dejaba sin efecto lo establecido en su predecesor produciéndose esta ausencia de regulación positiva de las fuentes, salvo el acto normativo, cuyo órgano y forma de producción quedan explicitados en la Constitución de la República y entre otras disposiciones, en el Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular.⁶

Ante esta situación, mientras en alguna parte importante de la doctrina jurídica se mantiene esta resistencia a admitir la existencia y aplicabilidad actual de otras fuentes del Derecho, que en buena medida sí se reconocen y emplean en la práctica⁷,

4 Como se reflejan en la nota 3.

5 Cfr., v. gr., Zhidkov, Chirkin & Yudin (1980) y Mánov et al (1981).

6 En la Constitución de la República de Cuba, ver fundamentalmente los artículos 70, 75 b) y ch), 90 c), ch) y d). El procedimiento legislativo se enuncia en el Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular, de fecha 13 de septiembre de 1995. Puede consultarse en: Prieto & Pérez. (2005). En Cuba, estudios de sumo interés sobre el tema: Méndez (1999), Carrillo (2008, 2010). Sobre el papel del órgano legislativo y sus desafíos actuales, ver también: Bruzón (2010).

7 Pueden consultarse algunos datos interesantes sobre el estado de opinión de operadores jurídicos encuestados acerca de la relevancia y utilidad del reconocimiento formal del sistema de fuentes en: Bruzón (2013). El instrumento aplicado es parte de una investigación doctoral sobre los presupuestos para el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho en Cuba, que inició lógicamente por una exploración acerca de los posibles modos de creación jurídica que los operadores identifican en la práctica. En esta primera etapa se aplicaron instrumentos a 20 jueces (de instancia provincial y municipal), 6 profesores universitarios y otros 11 operadores (abogados, consultores, fiscales). El 83.7% de los encuestados considera que el valor del reconocimiento de un acto como fuente de Derecho es práctico, real. Sobre las fuentes reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, el 100 % opina que es el acto normativo, atribuyendo reconocimiento a los principios generales el 40.5 %, la segunda en orden cuantitativo. Si a esta cifra sumamos el porcentaje de los que consideran que los principios deben ser reconocidos como fuente (cifras definidas en la aplicación de instrumentos complementarios, como parte del proyecto de investigación de la profesora Palacio, inédito aún), obtendremos un total del 70.3%. Una segunda etapa debe incluir otros jueces de instancias provinciales y del Tribunal Supremo Popular, así como expertos nacionales. Esta se encuentra en fase de desarrollo.

continúa segmentándose el tratamiento normativo del sistema de fuentes formales en cada rama específica del ordenamiento jurídico.

Debe apuntarse además que suele iniciarse el estudio de cada rama del Derecho con una introducción relativa a la identificación de las fuentes particulares de cada una de ellas, sin un referente normativo general, por las condiciones antes expuestas. Este tratamiento, como sucede en el caso específico de los principios generales del Derecho, no siempre es uniforme y no está exento de contradicciones.

Antes de profundizar en el análisis particular de la situación de los principios generales en el contexto cubano, es válido y necesario enunciar tres conceptos claves en torno a las variables centrales de la investigación: *fuentes del Derecho* y *principios generales del Derecho*. Ya que, dentro de la multiplicidad de enunciados, estos constituyen algunos de los más trascendentales, que permitirán igualmente al lector ubicar ambas categorías jurídicas.

Para Norberto Bobbio, citado en el texto del profesor De Lucas (2006: 299), fuentes del Derecho son “aquellos hechos o actos, de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”.

Para De Castro y Bravo, citado por Jiménez (2000: 8), partiendo de la idea de que los principios forman una parte del Derecho, tanto permanente como mutable, garantizando con ello su evolución jurídica, han de entenderse por principios generales del Derecho como aquellas “ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación y, a la vez, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas”. Definición que se puede complementar con la noción de Dworkin acerca de los principios como “el patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica,

política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de la justicia o equidad, o de alguna otra dimensión de la moralidad”.⁸

1. TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN CUBA

Puede decirse, *a priori*, que en el contexto doctrinal objeto de estudio, han existido dificultades para uniformar criterios en torno a una teoría auténtica sobre el valor de los principios generales de Derecho como fuente. Este sería, en todo caso, el resultado del mismo problema de la indeterminación de estas fuentes formales del ordenamiento jurídico.

Incluso, en textos muy extendidos en los estudios universitarios, como el de *Teoría del Estado y del Derecho*, del profesor Julio Fernández Bulté (Fernández, 2004), no existe un desarrollo conceptual específico de esta institución como fuente, sino dentro de los métodos de integración del Derecho, y de forma independiente con énfasis en algunos principios como el de legalidad, que también aborda en otra literatura docente.⁹

De manera general, se pueden confrontar algunos criterios doctrinales de interés, asociados al desarrollo de distintas ramas jurídicas.

Sobre los principios generales del Derecho en Cuba, ha dicho el profesor Grillo Longoria: “basta señalar que los propios autores burgueses no han podido ofrecer un sentido definido de estos, elaborando formulaciones vagas, imprecisas, exigiéndose muchas veces para su validez jurídica su reconocimiento expreso por la jurisprudencia o por la ley” (Grillo, 1993: 17), con lo cual se le debe restar todo valor como fuente formal del ordenamiento jurídico y reafirmar su carencia de eficacia jurídica propia. Sustenta esta posición partiendo de las “muchas dudas y discrepancias” que originan las denominadas *fuentes subsidiarias*, entre las que sitúa a los principios generales.

8 Cfr., Dworkin (s/f: 19).

9 Vid., además, Fernández (2005: 315 y ss). No obstante, en el primero de estos textos, el profesor Fernández realiza remisiones parciales al tratamiento de esta institución. Así, por ejemplo, bajo la denominación de “principios absolutos en el derecho”, menciona el de *nullum crime et nula poena sine previa lege poenale* y el de presunción *iure et de iure* de validez de la norma, que inspira otro principio “cardinal”: *la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento*. Para él estos principios tienen plena validez reguladora “con independencia de que sean o no incorporados a la legislación” (pp. 153-154).

No es el tema de los principios dentro del sistema de fuentes del Derecho Administrativo objeto del análisis particular que realiza el profesor Garcini Guerra. Sin embargo, reflexiona sobre el valor de fuente formal atribuido a la jurisprudencia cuando se apoya en estos para resolver un caso controvertido, en ausencia de ley, comentando posiciones teóricas burguesas, sin admitir su valor para Cuba. Reconoce, siguiendo algunos criterios doctrinales (Fleiner y Zanobini), que también resultan aplicables a las normas jurídico-administrativas principios generales del Derecho como los de vigencia espacial y temporal (*territorialidad e irretroactividad*).¹⁰

Cañizares Abeledo no solo es partidario de suprimir el valor de los principios generales como fuente del ordenamiento jurídico, sino que rechaza incluso la aplicación de los principios clásicos de base romanista, admitiendo que solo la ley, el acto normativo, crea Derecho en las condiciones de la sociedad socialista (Cañizares, 1979: 86–87).¹¹

Prieto Valdés afirma que son principios jurídicos válidos aquellos a los que se puede acudir “en pos de soluciones en defecto de las leyes, los cuales revitaliza la función de los jueces”.¹² Estos principios, a su juicio, contribuyen a asegurar la unidad y coherencia en el conjunto de disposiciones que forman el ordenamiento jurídico de cualquier país y es lo que permite otorgarle el calificativo de *sistema*. Específica, con un valor inobjetable, la importancia que estos tienen en la determinación de la jerarquía normativa, la primacía de un órgano sobre otro y en consecuencia el distinto rango de las disposiciones emanadas de éstos, elementos que desde el punto de vista técnico-jurídico aseguran un adecuado funcionamiento del ordenamiento normativo.

En un estudio que parte del legado del Derecho Romano para los sistemas jurídicos actuales, en especial en el ámbito del Derecho Público, Fernández Estrada (2004:74) afirma que la insuperable técnica

jurídica romana fue absorbida, casi sin defensa, por nuestros pueblos y culturas, más allá de su exquisitez formal, “por su contenido axiológico universal que la hacen, más que técnica, valores, principios y presupuestos, vitales hoy en la creación del Derecho, en su comprensión, interpretación, aplicación y realización por voluntario cumplimiento”.

Se reconoce de esta manera el papel que poseen los elementos axiológicos del Derecho, en particular los principios, para su propio proceso de creación y aplicación, traducido en el ámbito ciudadano y de la organización política también como principios generales de *participación democrática, elección popular, seguridad jurídica, igualdad, autoridad, legalidad*.

Como “principios eternos y universales de justicia que orientan la creación y aplicación del Derecho”, concibe Pérez (2009: 91–102) a esta fuente jurídica. Su aplicabilidad dentro del ordenamiento jurídico en Cuba se basa en asegurar la verificación prescriptiva de los valores o postulados ético-políticos y las proposiciones de carácter técnico-jurídico del ordenamiento, al cual pertenecen expresa o tácitamente. Menciona, entre otros, “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”, “nadie debe hacer justicia por su propia mano”, “primero en tiempo, primero en derecho”, “el que pudiendo no prohíbe, consiente”. Esta noción retoma algunos aforismos jurídicos heredados de nuestro sistema de base romano-germánico-francés.

Ferrari Yanner desarrolla un interesante estudio que trasciende de forma muy importante al plano de las funciones de los principios generales del Derecho: el problema de las lagunas normativas y su forma de solución. Al explicar, en el artículo de referencia, las características de las denominadas *lagunas axiológicas* destaca, por ejemplo, que la necesidad de estudiarlas “mantiene siempre vivo un intento por perfeccionar el Derecho, anteponiendo a

10 Cfr., Garcini (1986: 72-80).

11 Conclusión frontalmente criticada por el profesor Pérez Gallardo, quien expone que esta posición “niega el carácter dialéctico de todo proceso revolucionario, que no puede despojarse de los valores positivos heredados del pasado. Estos Principios hoy tienen plena vigencia y no por ello hemos abandonado nuestros derroteros.” (Pérez, 2007: 116, n. 22).

12 Prieto, M. (s/f) El ordenamiento jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales, [s/e], p.1.

la norma fría, los valores y los principios jurídicos” (Ferrari, 2009: 65).

De esta forma, a la par de reconocer la vitalidad y utilidad de los principios en el ordenamiento jurídico cubano, hace mención de las posibles consecuencias que sobre ellos mismos pueden generar la existencia de lagunas, refiriéndose específicamente a las afectaciones sobre el principio de *seguridad jurídica*; sobre la aplicabilidad del principio de *legalidad*; el impacto sobre el principio de *eficacia* de la norma, y por extensión sobre la unidad, coherencia y plenitud como características del ordenamiento jurídico, que algún momento la propia autora confunde como principios en sí. (Ferrari, 2006: 67–69).

En otro análisis más profundo sobre el tema, la profesora Ferrari Yanner se adentra en el papel de los principios generales del Derecho como método de autointegración en el ordenamiento legal cubano. Puntualiza que estos principios están en toda acción de integración jurídica, concluyendo que:

(...) como fundamentos de todo el ordenamiento pautan la creación, interpretación e integración de sus normas. Los principios están presentes en cualquier actividad de solución de lagunas en la ley, cualquiera que sean los métodos técnicos o argumentativos utilizados a tal efecto, subyacen como esencia axiológica, social, moral y política en el devenir histórico del Derecho de cada nación (Ferrari, 2010: 116)

Estas conclusiones –una de las muestras más relevantes del tratamiento temático de la teoría del ordenamiento jurídico, sus fuentes, problemas y de los principios en particular–, contribuyen al necesario giro doctrinal que respecto a este polémico asunto se ha venido produciendo en las últimas décadas.

1. 1. Visión desde algunas disciplinas jurídicas

Atendiendo al valor determinante que durante la vigencia del Código Civil español tuvo esta legislación en cuanto a la definición de las fuentes

jurídicas, las opiniones doctrinales desde esta rama del Derecho poseen una gran trascendencia.

En tal sentido, destaca el criterio esgrimido por Pérez Gallardo, quien concibe a los principios generales del Derecho como “auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta” (Pérez, 2007: 116). Los distingue, en consecuencia, de las leyes, como actos fundados en la autoridad del Estado, y de las costumbres, como usos o prácticas de determinadas fuerzas o grupos sociales.

Entiende además que los principios son el resultado acabado de abstracciones y generalizaciones que “empujan” al ordenamiento jurídico en ausencia de ley o costumbre. Pueden considerarse expresión de exigencias de política legislativa, en virtud de las cuales se “arrastra” al ordenamiento jurídico y se vincula a todos. Deben tenerse presente como “directrices o instrumentos de la interpretación”, en relación a los casos dudosos, y también como “tendencias y orientaciones” a seguir en el proceso de la legislación.

Junto a la noción de que los principios generales, no obstante las distintas consideraciones en torno a su naturaleza jurídica, son *numerus apertus*, concluye que “los principios generales del Código [Civil] constituyen una fuente de regulación de naturaleza supletoria” (Pérez, 2007: 117), especialmente en los casos de existencia de contratos atípicos, en los que se le reconoce la especial función de colmar las lagunas normativas de las que adolece la citada disposición legal. Enuncia entre los principios generales más importantes contenidos en el Código Civil el de *condena al ejercicio abusivo del derecho*, *buena fe*, *irretroactividad de la norma civil*, *autonomía relativa de la voluntad*; al tiempo que entiende que resulta innegable que en estos años de proceso revolucionario también se han convertido en principios generales de nuestro Derecho los que se han inspirado en los nuevos valores formados y sedimentados en la sociedad cubana: *solidaridad*, *humanismo*, *justicia social*, entre otros.¹³

13 Esta consideración del profesor Pérez Gallardo refleja el estrecho vínculo existente entre los *principios* y *valores jurídicos*, que alcanza en el contexto social cubano un elevado grado de identificación. Algunos de estos valores superiores son enunciados

En el terreno del Derecho Procesal Civil, del cual se han comentado algunos puntos de vista de Grillo Longoria, se produce un notable distanciamiento de esta posición en el contexto actual, al darse cabida al reconocimiento de otras fuentes formales distintas al acto normativo. Mendoza Díaz incorpora así el análisis de las fuentes subsidiarias, reconociendo que originalmente, al tenor del derogado Código Civil extendido a Cuba en el siglo XIX, se podían reconocer plenamente a la costumbre y los principios generales del Derecho. Sin embargo, en la obra de referencia se profundiza más en el valor de la jurisprudencia, que en el de los principios propiamente dichos.¹⁴

Igualmente dentro del espectro teórico de lo que pudiese denominarse Derecho Privado, siguiendo las pautas de la vieja tradición romanista, pudiéramos mencionar que existen referencias acerca del tratamiento de los principios en el sistema de fuentes en disciplinas como el Derecho de Contratos –desarrollados en algunos casos prolijamente, por ejemplo: el principio de *buena fe, justo equilibrio de las prestaciones contractuales, autonomía de la voluntad*, etc.– (Ojeda, 2006); el Derecho Agrario, que aunque en la enumeración específica no reconoce dentro de su sistema de fuentes a los principios, sí lo hace indirectamente, partiendo de la aplicabilidad del principio de legalidad y de otros principios contenidos en la Constitución y el Derecho Administrativo que elevan al carácter de *generales* (McCormack, 2007; Pavó, 2012); y el Derecho Mercantil, sobre la base de reconocer que “las normas que conforman el ordenamiento jurídico–mercantil son las fuentes formales del Derecho Mercantil. Las fuentes formales son las mismas para todas las ramas del Derecho Privado: la ley, costumbre y principios generales del Derecho” (Fraga, 2004: 11).

En el caso de la doctrina penalista cubana (ya como parte del Derecho Público), en el ámbito procesal particularmente, se define que sus fuentes se manifiestan a través de las normas jurídicas penales, que se inculcan sobre la base del principio *nullum crime, nula poena sine previa lege poenale* (no puede haber delito ni sanción sin una previa ley penal que lo establezca). No obstante, como nos informa Fernández Pereira, se tienen como fuentes del Derecho Procesal Penal, además de las mencionadas normas penales contenidas en la Ley de Procedimiento Penal, los decretos leyes, resoluciones, disposiciones y normas especiales que no vayan contra lo expuesto en esta ley, con el fin de establecer las necesarias garantías de protección de los ciudadanos (Fernández, 2002: 31).

Al mismo tiempo, los principios generales del Derecho no dejan de ser útiles en la interpretación jurídica penal; sin discusión, estos principios universales como el *non bis in idem*, el de *validez de cosa juzgada* y el mencionado *nullum crime nulla poena sine previa lege poenale*, son principios arraigados en toda nuestra legislación penal y jurídica de manera general, válidos y aplicables.

En otras disciplinas jurídicas también se hace referencia a los principios generales del Derecho dentro del sistema de fuentes, desde la doctrina específica.

Finalmente, en cuanto a este estudio de posiciones doctrinales en el escenario jurídico cubano, consideramos válido retomar algunos planteamientos de los administrativistas cubanos, especialmente en la actualidad.

En el sentido de las fuentes del Derecho Administrativo uno de los estudios más completos lo realiza el profesor Matilla Correa. En el caso

en el artículo 1 de la Constitución de la República de 1976, sin que se agoten en esta disposición normativa. Por ende, aparecen en diversas esferas de lo jurídico, incluidas las relaciones de Derecho *privado*. De tal forma, en el ámbito de la legislación civil, de familia o de contratos, por citar algunos ejemplos, amén del interés individual insito en cada relación que a su amparo se produce, se protegen estos valores fundamentales, especialmente la justicia social y el carácter humanista del Derecho socialista. En otra lectura, estos son también *principios políticos* que inspiran al Estado cubano.

14 Mendoza et al (2001). En este sentido expresa el autor: “Desde esta óptica podemos afirmar que solo tendrá el carácter de fuente formal del Derecho, aquello de lo que el juez pueda hacer uso para fundamentar jurídicamente su actuar en un proceso determinado”.

particular de los principios generales del Derecho, se pronuncia por considerarlos no exclusivamente como meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de razón, sino como auténticas normas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conductas a seguir. De ahí que su eficacia esté en dependencia del reconocimiento que el Estado haga de acuerdo a sus efectos en su ordenamiento legal, si bien su existencia no es el resultante de la voluntad estatal o sector social, “es el producto de un sentimiento jurídico generalizado, motivado por la vida social de toda la colectividad” (Matilla, 2006: 190–191).

Una vez reconocido que el Derecho Administrativo es un campo “muy fértil”, para la aplicación de los principios generales del Derecho, concluye Matilla Correa (2006) que:

Hoy se hace difícil sostener la idea de que los principios generales son fuente formal directa de nuestro Derecho Administrativo y del sistema jurídico nacional; pues no existe ningún precepto normativo que, directa o indirectamente, les reconozca valor de fuente (...). Sin embargo, asumir que los principios generales del Derecho carecen de valor como fuente del ordenamiento jurídico cubano, es adoptar una posición que puede pecar de muy absoluta (...) (202–204).

Concluye asumiendo que junto a la jurisprudencia y el precedente administrativo, son de las fuentes materiales que adquieren mayor significación a la luz del ordenamiento positivo cubano en la actualidad, posición que nos parece plausible, salvo que no concordamos con el carácter estrictamente de fuente material atribuido a los principios, de acuerdo a las proposiciones teóricas más generalizadas en torno a la definición del binomio *fuentes formales/fuentes materiales* del Derecho, que nos inclinan a ubicarlos dentro de las primeras.

2 PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO FUENTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.

A partir de las posiciones doctrinales estudiadas y de las expresiones normativas en torno al empleo de los principios generales en el ordenamiento jurídico cubano, ha podido colegirse que éstos poseen un cierto grado de reconocimiento. Pero esta condición no se produce directamente desde su perspectiva de fuente, ni resulta uniforme entre las distintas ramas jurídicas.

De los debates sostenidos sobresale un aspecto trascendental: la determinación de su eficacia a partir de la posible positivización o no en una disposición normativa. De ahí que, no obstante su virtualidad, por ser entendidos como convicciones o sustentos axiológicos que perviven en la sociedad más allá de su inclusión en una norma escrita, y sin ánimo de ser estrictamente positivista, lo cierto es que se requeriría un pronunciamiento formal en torno a su reconocimiento (Salguero, 2002: 178).¹⁵

La idea defendida en la presente investigación no se concentra en pretender listar un catálogo normativo de estos principios, lo cual sería imposible si, de acuerdo con Pérez Gallardo, estos son *numerus apertus*, no brindan una idea de ser agotados en una regla escrita. Sin embargo, sí se considera necesario y prudente declarar su valor formal a través del reconocimiento de las fuentes del Derecho en Cuba –paso no resuelto en el contexto cubano–, otorgándole con ello una efectividad superior y garantizando su aplicabilidad, que bien puede ser con carácter subsidiario –en ausencia de ley–, o bien directamente, cuando gracias a su regulación positiva se convierten entonces en *principios–normas* (Pérez, 2009).

15 Esta disyuntiva teórica y propiamente normativa ha condicionado también una polémica distinción entre principios generales del Derecho y principios generales del Derecho positivo, que no resulta inútil debido a que ofrece una visión de los principios desde la perspectiva deontológica. Al respecto, cfr., Salguero (2002: 178).

Pero esta solución no parece ser tan sencilla, debido a las propias contradicciones en el terreno teórico y la indeterminación subyacente a la omisión del legislador, al no definir el sistema de fuentes jurídicas en este ordenamiento.

Es por ello que se plantean a continuación algunos presupuestos que se consideran necesarios o al menos básicos, para que los principios generales del Derecho puedan ser reconocidos dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano, como un paso hacia el afianzamiento de su carácter sistémico y como herramienta eficaz en su proceso de armonización e integración.

2.1. La necesaria constitucionalización del sistema de fuentes del Derecho cubano y de los principios en particular

En torno al problema, ya recurrente, del reconocimiento de las fuentes del Derecho en un determinado ordenamiento jurídico no puede hablarse de posturas dominantes, pero lo cierto es que existe una importante inclinación doctrinal en función de situar a la Constitución como el centro por excelencia de regulación del sistema de fuentes jurídicas, entre otras razones, por su carácter de norma fundamental y *fundante*, norma ordenadora y *fuentes de las fuentes*, a partir de su propio proceso de creación y supremacía normativa.

Pérez (1995), por ejemplo, manifiesta que:

Todo ordenamiento jurídico propiamente dicho tiene una norma fundamental que da unidad a todas las demás. Por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento complejo, este ordenamiento constituye una unidad por el hecho de que, directa o indirectamente, todas las fuentes del derecho pueden ser referidas a una norma única (...) Damos por supuesto que la Constitución es esa norma fundamental (47).

Esta idea se entronca también con el reconocimiento de un principio que la sostiene: *jerarquía normativa*,

que afianza al mismo tiempo el carácter *supremo* de la norma constitucional. A tal efecto, expresa Torres del Moral (1996: 90) que no solo la “Constitución es norma, y norma suprema, sino que, precisamente por su supremacía, se erige en fundamento y límite del resto del Ordenamiento jurídico (...)”, y le atribuye entonces las siguientes funciones:

- Establecer un sistema de fuentes del Derecho;
- señalar los órganos competentes y los procedimientos para la producción de dichas fuentes;
- imponer al ordenamiento jurídico los valores fundamentales en los cuales debe inspirarse y a los cuales debe servir; y,
- establecer, asimismo, los principios técnico-jurídicos¹⁶ a través de los cuales debe instrumentarse toda esa orientación teleológica.

“El sistema de fuentes para su validez requiere que las mismas se encuentren claramente establecidas en la Constitución” (Garaicoa, 2009: 80).

Prieto Valdés, en este contexto, ha sido una de las exponentes más firmes de la importancia del reconocimiento constitucional de ciertos principios y valores, como partes integrantes además del ordenamiento jurídico. De igual manera, ha abordado su utilidad en un complejo proceso, en el cual distamos bastante de su correcto uso: la *interpretación constitucional*. Partiendo de esta situación, pretende que, respecto a la Constitución “como expresión de su superioridad normativa, sus principios, valores, instituciones y dictados de conducta general se empleen para saber cómo adecuar y encontrar el recto sentido de las normas” (Prieto, 2008: 16–17).

Los principios jurídicos, apunta, “sirven de pauta y guía tanto para la acción jurídico-formal de los órganos estatales como de los particulares, además de que ofrecen criterios esenciales para

¹⁶ Estos principios, en su mayoría identificados como *generales*, son básicos y prácticamente extendidos a todo el mundo jurídico. En el caso de nuestro ordenamiento se traducen como principios de *constitucionalidad*, *jerarquía normativa* y *legalidad* (Cfr., Fernández, J. (2004: 153-154). La principal virtud de estos es garantizar la unidad del ordenamiento y su funcionamiento armónico y coherente.

la armonización del Ordenamiento jurídico” (Prieto, 2002: 151).

Debe entenderse pues “que la Constitución es fuente directa de Derecho para todo proceso” (Prieto, 2004: 44).

Pérez Carrillo precisa, en torno a esta discutida temática, que son tres “las consideraciones que debemos tener en cuenta (...): la Constitución como norma jurídica, la Constitución como fuente de Derecho y la Constitución como norma delimitadora del sistema de fuentes” (Pérez, 2009: 95), lo que validará siempre cualquier propuesta de tomar como referente a la Constitución para definir en su seno el sistema de fuentes jurídicas de un Estado.

Se considera entonces necesario retomar algunas las palabras de Ferrari Yaunner, que sirven de colofón a este presupuesto que se defiende, en las que afirma sobre los principios generales:

(...) de cara a su utilidad y aclarando que no es esta una pretensión de adhesión al positivismo, puede brindar mayor seguridad jurídica y un reforzamiento de la legalidad el hecho de que, al menos los más importantes, aparezcan expresamente enunciados en la Constitución o en disposiciones jurídicas generales, informando todo el ordenamiento o una materia específica de este, brindándoles unidad y uniformidad (Ferrari, 2010: 91–92).

No se trata aquí de proponer que todos los principios deban estar contenidos en la letra constitucional. Estos, en particular, configuran los denominados *principios constitucionales*,¹⁷ entre los cuales, no caben dudas, deben estar recogidos algunos de

los más trascendentales *principios generales del Derecho*. La idea defendida, en cambio, parte de la necesidad de establecer en la Constitución –norma fundamental y ordenadora–, que se reconozcan como fuentes jurídicas, como modos de creación normativa, además del acto normativo en sí –Ley en sentido genérico–, otras manifestaciones o vías de creación jurídica, entre las cuales deben estar estos *principios generales del Derecho*.

La determinación de las *otras* fuentes formales que deban ser reconocidas en la Constitución, e incluso, su posición jerárquica, dependerá igualmente de un riguroso estudio y de la comprobación precisa de su expresión concreta en el contexto jurídico cubano actual, así como de las funciones específicas de cada una, que definen, en última instancia, la utilidad de su reconocimiento.

Puede considerarse, no obstante que, además de la ley y de los principios generales del Derecho, se incorporaran otras fuentes como la *jurisprudencia* y, tal vez, los *tratados internacionales*, en dependencia de la dinámica del proceso integracionista y el perfeccionamiento de su sistema de recepción, cuyas dificultades normativas y prácticas han sido objeto de estudio por la doctrina iusinternacionalista cubana.¹⁸

De todas maneras, lo ideal es que la propia Constitución establezca los principios ordenadores de las fuentes jurídicas.

Pero un presupuesto elemental para validar el carácter formal de fuente de estos principios yace en la posibilidad de declararlos, como parte del

17 Como afirman Freixes & Remotti (1992: 101-103): estos principios “una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos”, resumiendo sus funciones constitucionales de la manera siguiente:

-Tienen eficacia directa.

-Permiten extraer las reglas aplicables al caso concreto.

-Su función positiva consiste en informar el ordenamiento.

-La función negativa comporta que tengan fuerza derogatoria.

-Su interpretación debe realizarse en forma complementaria e indisoluble.

-Facilitan, a partir de su transmutación en reglas, la posibilidad operativa de una pluralidad de opciones cuya elección concreta corresponde a criterios de política legislativa.”

18 De los autores más actuales, que abordan las problemáticas relacionadas con el sistema de recepción de los tratados internacionales en el Derecho cubano y, que a su vez, reconocen la eficacia jurídica de estos, dentro de las fuentes del ordenamiento interno, pueden citarse: Pino (2006) y Richards (2012).

sistema de fuentes jurídicas, en el texto supremo del Estado cubano. Para alcanzar este resultado debe atravesarse por diferentes etapas, por lo que al reconocimiento expreso en la Constitución de las posibles fuentes (incluidos los principios generales del Derecho), antecede un proceso lógico de *identificación y fijación de presupuestos* de los modos de producción jurídica distintos al acto normativo.

En estos momentos desempeña un rol fundamental la actividad judicial, como *patrón de validación*. Esto significa que, en el proceso de integración del ordenamiento –por ejemplo, ante la presencia de lagunas normativas– se puedan emplear criterios normativos distintos a la Ley, en su sentido genérico, como la peculiar forma de jurisprudencia emanada del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular –cuya función interpretativa queda delineada en el artículo 121 constitucional, junto a otras atribuciones que se han comentado a lo largo del presente artículo–, o los propios principios generales empleados por el órgano judicial superior en la solución de determinados casos. Es válido insistir que en Cuba aún se manifiestan problemáticas de orden teórico y práctico en cuanto a la interpretación judicial de la Constitución, por la inexistencia de una jurisdicción constitucional –y de un *sistema* de control de la constitucionalidad preciso–.¹⁹ Estos aspectos son profundamente analizados por Prieto (2002: 111–157).

En otro sentido, el marco propicio para incorporar el sistema de fuentes a la regulación constitucional pudiera ser la reforma²⁰ del supremo texto, anunciada por la dirección política del país desde 2011. En

efecto, al tenor del artículo 137 de la Constitución de la República, tal hecho sería perfectamente posible. La incorporación de este elemento formal dependerá en buena medida, no obstante el asidero jurídico existente, de voluntad política (no olvidemos el carácter esencialmente político que entraña la delimitación de los ámbitos de poder que se configuran a partir del reconocimiento de los modos de producción del Derecho en determinado sistema social).

2.2. La prevalencia del acto normativo como fuente fundamental del ordenamiento jurídico y su relación con los principios generales del Derecho

Resulta de un dominio bastante claro el hecho de asumir que la única fuente formal del ordenamiento jurídico analizado es el acto normativo, la Ley en su sentido genérico. De esta forma, no solo prevalece este acto normativo, deslindado en las diferentes disposiciones normativas –leyes, decretos, resoluciones, etc.–, como fuente, sino que se reconoce constitucionalmente el carácter de órgano supremo del Estado a la Asamblea Nacional del Poder Popular, que al tenor del artículo 70 de la Constitución cubana es “el único órgano con potestad constituyente y legislativa de la República”. O sea, confluyen dos principios reconocidos universalmente: el de *primacía de la ley*, y el de *primacía del legislador*.²¹

De tal forma que, además, se sitúe como columna vertebral del sistema sociopolítico al *principio de legalidad*. Puede decirse que no existe prácticamente una rama del Derecho que no tenga como pilar esencial, como fuente por excelencia, a la *ley* escrita.

19 Los problemas en cuanto a la interpretación constitucional en Cuba no se reducen al papel de la función judicial, sino que puede afirmarse que alcanza al resto de los órganos superiores de poder del Estado. Esta situación ha estado motivada por la falta de delimitación competencial expresa en materia de interpretación constitucional, a partir del propio texto de la Constitución. Se define, sin embargo, la facultad interpretativa de las leyes generales vigentes, que recae en el Consejo de Estado (artículo 90 ch), y la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones generales, que reside en la Asamblea Nacional del Poder Popular (el propio órgano legislativo), al tenor del artículo 75 c).

20 Sobre algunas características del procedimiento de reforma constitucional en Cuba, puede verse: Bruzón (2013 a)

21 La manera en que estos conceptos se han “desvalorizado” en algunos escenarios, ha sido objeto de un excelente análisis en Méndez (1999). La razón ha estado, en el sistema anglosajón, en el recelo ante el legislador frente a la protección del texto constitucional –misión de salvaguarda que se encomendó entonces a los jueces, especialmente después de la histórica sentencia *Marbury vs. Madison*– y en el sistema latino frente al asentamiento del criterio de supremacía constitucional y de su valor como fuente jurídica superior, que condiciona el establecimiento del *principio de constitucionalidad* por encima del de *legalidad*.

Planteada esta situación, no existen razones suficientes para pretender abandonar el principio de legalidad, que a su vez garantiza la *seguridad jurídica* en su dimensión positiva; o por lo menos situarlo en un plano secundario, proporcionando algún criterio de prevalencia de cualquier otra fuente jurídica frente al acto normativo.

Igual de conocida resulta la posición de algunos sistemas jurídicos de base continental, por ejemplo, frente a la actuación de los jueces, por suponer que la jurisprudencia como vía para la creación jurídica lacera la legalidad como principio, afectando así a la soberanía popular encarnada y expresada mediante la ley; y muchos menos la de admitir la validez de algunas costumbres, en particular *contra legem*, desconociendo, por ende, cualquier valor derogatorio que la misma pueda poseer respecto a una norma escrita.

Junto a estos argumentos, y la idea presentada de observar a los principios generales del Derecho bien como convicciones subyacentes en la propia sociedad, válidos y vinculantes por su contenido axiológico, y como *principios-normas* una vez que se regulan positivamente, no se aprecia ningún inconveniente en reconocerlos como fuente del Derecho, siempre que, como presupuesto esencial, no afecten el carácter jerárquico superior del acto normativo. Propuesta que será de explicada más adelante, vista desde los requisitos que deben observarse a los efectos de lograr su funcionalidad en el ordenamiento jurídico cubano.

Las relaciones, por ende, entre ambas figuras –principios y acto normativo– han de ser de complementación más que de subordinación, y

siempre habrá de tenerse en cuenta la virtualidad de los primeros en supuestos específicos que determinen su aplicación, esencialmente, como un método de integración del Derecho; aplicación que no tiene que ser, forzosamente, secundaria, pero que al mismo tiempo no debe contradecir una norma escrita, a menos que se repute contraria a su propio contenido y propósito en el marco de las relaciones jurídicas en la sociedad.

El acto normativo, por esencia propia del sistema, debe conservar su lugar privilegiado dentro del sistema de fuentes, pero no exclusivo –ni excluyente–, como se ha tratado de justificar hasta estos días.

2.3. La delimitación de los sujetos legitimados para aplicar los principios, en su sentido de fuente jurídica formal

Igual de complejo se presenta el caso en torno a la delimitación de los sujetos que puedan –y deban–, aplicar los principios generales del Derecho. La postura primaria que se defiende en este artículo, parte de la posibilidad de que cualquier operador jurídico, en efecto, sea capaz de *invocar* un principio general para resolver un supuesto determinado; pero la solución definitiva del mismo y, en consecuencia, la *aplicación* del principio con carácter resolutorio, debe restringirse a sujetos legitimados, que se entiende deben ser los jueces, por la función propia que desarrollan dentro del sistema jurídico.²²

Diversas han sido las posiciones en cuanto a admitir el papel protagónico del juez en la creación del Derecho.²³ De este modo, adjudicarle también la titularidad de la aplicación directa o indirecta de los principios generales –o lo que es lo mismo,

22 Muy conectada esta noción a la validez de la *regla de adjudicación*, expuesta por Hart. Desde entonces se ha marcado la tendencia –no sin la debida resistencia–, de asumir que los sujetos aplicadores (e intérpretes) del Derecho, por excelencia, son los jueces; hecho que no es privativo ya del sistema de *common law*. Cfr., Hart (1968). Varias de las tendencias actuales en torno a la “judicialización” en el sistema continental, pueden revisarse en: Lafuente (2000). En algunos de sus tópicos el profesor Lafuente realiza un análisis que pone en descubierto que el sistema anglosajón no es tan *judicialista* como la tradición indica, como no es tan *legalista* tampoco el sistema continental.

23 Interesante metodología para la “determinación o concreción” judicial del Derecho –términos que prefiere antes que el de *creación*, aunque con idéntico sentido–, propone el profesor Vallet de Goytisolo. En uno de los pasos específica: “De no haber hecho-tipo de norma alguna que resulte analogable con el hecho del caso, habrá que recurrir a los principios generales, proyectados tipológicamente –conforme a la naturaleza de las cosas–, concretándolas a ese hecho del caso atendiendo a todas sus particularidades”. Cfr., Vallet (2010: 33).

de “crear” con ello una nueva norma allí donde exista un vacío, una carencia de regulación legal—propendería a reforzar lo que algunos autores han denominado como *gobierno de los jueces*.²⁴

Sin embargo, es razonable considerar que esta tendencia debe ser superada,²⁵ pues como apunta De Vega (2004):

[condenar]la posible incidencia del Poder Judicial²⁶ en la vida del Estado no pasa de ser un recurso ideológico que, por estar parcial e interesadamente empleado, le priva de todo fundamento (...) Acrecentar ahora su influencia, acaso fuera más compensar un tradicional desequilibrio histórico, que establecer ningún tipo de preeminencia (304).

Sobre los jueces ha dicho Díaz (2011) que:

[estos] juegan un papel decisivo en la interpretación de todo el Derecho, y siendo la Constitución la Norma suprema del Ordenamiento, también deben interpretarla y aplicarla en la resolución de las concretas controversias que se le presentan, siendo sus decisiones vinculantes para las partes del proceso (32).

Nótese que se hace énfasis en una perspectiva de *totalidad*, por lo que no debe reducirse la influencia del juez en la interpretación y aplicación exclusiva de las normas, sino de los principios y valores que también conforman el ordenamiento jurídico.

Destacando el papel de la función judicial en el terreno del Derecho Administrativo han señalado en

relación con la aplicación de los principios García & Fernández (2001):

Frente a los riesgos propios de una normación burocrática, con sus tendencias negativas, solo un sistema de principios generales del Derecho resueltamente aplicado por los jueces puede restablecer los necesarios contenidos de la justicia, que tantas veces es valorada como un simple obstáculo por los administradores (86).

En el escenario jurídico cubano actual, si bien se mantienen criterios en torno al desconocimiento de la función judicial como intérprete y administradora del Derecho por excelencia, —lo cual no significa, *exclusiva*—, desde varios pronunciamientos doctrinales se logra visualizar un importante giro. Por ello, es necesario recurrir a algunos planteamientos de la profesora Prieto Valdés para quien, la noción de unidad de poder, debe entenderse “sin dogmatismos (...) no debe introducir limitaciones a la aplicabilidad directa de la Constitución —por todos los Tribunales de Justicia o por cualquier otro órgano estatal—.” (Prieto, 2008: 15).

Ferrari Yaunner, aunque se aparta del reconocimiento de la posibilidad de creación jurídica del juez en el proceso de integración frente a lagunas de la ley, sí establece un vínculo meridiano entre estos y el uso de los principios generales del Derecho. Se basa, además, en el principio de *non liquet* que obliga al juez a fallar ante un caso controvertido, principio que es acogido positivamente en este ordenamiento en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.²⁷

24 Uno de los autores, de los denominados “más reaccionarios” es Carl Schmitt (Cfr. Schmitt (1931)). El profesor Fix-Zamudio, ha contribuido a enfrentar esta postura concluyendo que la fuerza de los órganos judiciales no se apoya en elementos de carácter material -como sí los tiene el Poder Ejecutivo-, sino en “su prestigio moral y su estricta imparcialidad” (Cfr., Fix-Zamudio (1968: 16)). Sobre algunos límites a lo que varios autores han llamado “discrecionalidad del juez” ha dicho también Vallet de Goytisolo, siguiendo a Dworkin, que “al juez solo le es permitido cambiar una doctrina jurídica existente teniendo en cuenta una constelación de principios, si las razones que fundamentan la aplicación de un principio son más fuertes que las contrarias”. Vid., Vallet (2009: 29).

25 Esta es la visión, por ejemplo, en algunos de los Estados protagonistas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En una interesante comparación entre lo que él denomina “Estado de Legalidad” y “Estado Constitucional de Derechos”, sitúa a los jueces, en el primer caso como meros aplicadores de la ley, mientras que en el segundo estos “asumen un papel dirigente en la creación del derecho y en la garantía de la supremacía y del carácter normativo de la Constitución” (Bhrunis, 2010: 71-72).

26 Término no asumido desde la perspectiva de nuestro Derecho socialista, que a partir del principio de *unidad de poder*, ha suprimido esta terminología, por la de *función judicial*. Igual nos sirve la esencia del comentario.

27 El artículo 3 de la Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, establece que: “La jurisdicción de los Tribunales cubanos es indeclinable. Los Tribunales no pueden rehusar el conocimiento de los asuntos si cualquiera de los litigantes es cubano o se refieren a bienes situados en Cuba, aunque sobre lo mismo exista pleito pendiente en otro país o haya habido sumisión a Tribunales extranjeros, aun arbitrales”.

Acerca de la delimitación de los jueces como los sujetos legitimados para aplicar los principios generales, con preferencia, deben observarse los fundamentos propios de la función judicial, que parten de la Constitución de la República desde su artículo 120 y se complementan con lo establecido en la Ley No. 82 de 11 de julio de 1997, Ley de los Tribunales Populares. En esta última disposición normativa se establece claramente (al tenor del artículo 121 constitucional) en su numeral 2.1²⁸ la independencia funcional del sistema de tribunales, seguido de un grupo de principios que concuerdan en una buena parte con los tratados en esta investigación.

Son muestra de estos el de *igualdad* (2.2a); *legalidad* (2.2b); *presunción de inocencia* (2.2c); *participación popular en la administración de justicia* (2.2 f y g), entre otros. Estos principios se ven complementados en las propias funciones establecidas al amparo del artículo 4 de esta Ley, destacando la exigencia del cumplimiento de la legalidad socialista; la salvaguarda del orden constitucional; restablecimiento del imperio de la ley en caso de quebrantamiento, etc.

El artículo 15 de la citada ley establece, en sus dos apartados, lo siguiente:

1. El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones en este orden son definitivas.
2. A través de su Consejo de Gobierno, ejerce la iniciativa legislativa en materia relativa a la administración de justicia y la potestad reglamentaria; toma decisiones y dicta normas generales de obligado cumplimiento por todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de estos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

Como puede apreciarse, se dan todas las condiciones para que, una vez definido su valor como fuente del ordenamiento jurídico, sean los jueces y, especialmente, a través o bajo el control de Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), quienes participen más activamente en el proceso de aplicación de los principios generales del Derecho.²⁹

Puede decirse, al mismo tiempo, que resulta frecuente el empleo de estos principios en la actividad judicial, sobre todo en la fundamentación y argumentación de las resoluciones o disposiciones normativas de estos órganos judiciales. Algunas manifestaciones se pueden apreciar desde las disposiciones y sentencias del órgano de gobierno del Tribunal Supremo Popular, pero se reflejan igualmente en el resto del sistema de tribunales.

Se presentaran únicamente, algunas de estas disposiciones, con los principios concurrentes:³⁰

- Instrucción No. 67 del CGTSP, de 24 de octubre de 1977: retroactividad de ley.
- Instrucción No. 99 del CGTSP, de 2 de junio de 1981: principio de constitucionalidad.
- Instrucción No. 163 (bis) del CGTSP, de 24 de abril de 2002: principio de legalidad.
- Instrucción No. 184 del CGTSP, de 14 de febrero de 2007: debido proceso y legalidad socialista.
- Instrucción No. 215 del CGTSP, de 13 de abril de 2012: principios de legalidad y buena fe.
- Instrucción No. 216 del CGTSP, de 17 de mayo de 2012: principio de igualdad.
- Dictamen No. 331 del CGTSP, de 28 de agosto de 1992: principio de especialidad de la ley.
- Dictamen No. 384 del CGTSP, de 7 de mayo de 1998: principio de “quien puede lo más, puede lo menos”.

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

29 No es casual que para legitimar al juez en la aplicación de los principios generales, se parta de la existencia de estos de manera intrínseca a su función. Como ha dicho Vallet de Goytisolo, siguiendo a Dworkin, “al juez solo le es permitido cambiar una doctrina jurídica existente teniendo en cuenta una constelación de principios, si las razones que fundamentan la aplicación de un principio son más fuertes que las contrarias”. *Vid.*, Vallet (2009: 29).

30 Puede consultarse una referencia exhaustiva de estas disposiciones, sobre todo en sede penal, acompañada de juicios críticos de alto valor en: Séfer (s/f) y Rivero & Bertot (2009).

- Dictamen No. 395 del CGTSP, de 24 de noviembre de 2000: principio de seguridad jurídica.
- Dictamen No.411 del CGTSP, de 8 de noviembre de 2001: principios de equidad y de justicia.
- Circular No. 46 del CGTSP, de 22 de julio de 1986: principio “a nadie le es lícito ir contra sus propios actos”.
- Sentencia No. 372 de 1 de agosto de 1999 (Económico): principios de legalidad y de responsabilidad social.
- Sentencia No. 274, de 28 de febrero de 2001 (Civil): principio de autonomía de la voluntad.
- Sentencia No. 907 de 31 de agosto de 2001 (Civil): validez de cosa juzgada.
- Sentencia No. 3134, de 4 de septiembre de 2006 (Penal): derecho a la defensa y presunción de inocencia.

Resulta necesario detenerse en algunos fragmentos de la Sentencia No. 219 dictada el 31 de marzo del 2006 por la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Supremo Popular en el recurso de casación civil número 152 de 2006, mediante el cual se impugnaba la sentencia número ciento cincuenta y cinco de fecha treinta de diciembre del dos mil cinco dictada por la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas. Entre otros fundamentos de especial interés para esta investigación, el máximo órgano de justicia Cubano dejaba sentado que:

(...) al negar el fundamento de la sentencia interpelada, argumentando no tener respaldo en la legislación positiva el principio enarbolado de que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, o lo que es lo mismo, nadie que alegue propia causa torpe puede ser escuchado, se soslaya que aquel es consustancial y deviene de la propia naturaleza de la relación jurídica que regula y protege el Código Civil vigente (...) si bien normas de vital trascendencia como resultan la Constitución o la propia ley sustantiva se limitan a establecer los órganos con facultades normativas, no existiendo en nuestro

ordenamiento precepto que enumere cuáles son sus fuentes y la relación de jerarquía entre estas, es imposible desconocer como fuerza vinculante, sin atentar a su vez contra el principio de legalidad formal, el valor de fuente material e indirecta de los principios generales de Derecho que sirven de basamento natural de la legislación positiva al expresar valores, intereses e ideas rectoras (...).³¹

Una conclusión que muestra la manera en que este tema es acogido por el Tribunal Supremo Popular, a través de una de sus Salas, y que contribuye poderosamente a entender el verdadero valor de estos principios (aunque se oriente más a su valor material, que a su esencia como fuente formal), así como del reconocimiento en sí de un sistema de fuentes en el ordenamiento positivo cubano. De igual forma, la aplicación en sede judicial del principio enunciado, demuestra que el juez de primera instancia, obligado a resolver el caso en cuestión, ha tomado como guía en su razonamiento la existencia del principio en sí, al margen de su regulación o no en la norma. Afortunadamente el Tribunal Supremo confirmó la validez de este proceder y, como se ha comentado, ratificó la aplicabilidad en su condición de fuente, de este principio. La referencia, líneas arriba, de un conjunto de sentencias dictadas en distintas salas del órgano supremo de justicia del país, constituye otro ejemplo preciso de la manera en que el juez, en la solución de casos determinados, esgrime como fundamento un principio general del Derecho.

Queda claro, de la lectura de esta muestra, que la consideración del empleo de fuentes distintas al acto normativo genera problemas no solo de orden teórico, sino para la práctica judicial misma. Es por ello que ratificamos la necesidad de corporizar estas fuentes (incluyendo los principios generales del Derecho) en la norma escrita (especialmente de rango constitucional), contribuyendo a una mayor certeza en su aplicabilidad y eficacia normativa.

Estos elementos nos ayudan a razonar, como afirma Vilajosana (2007: 48–49), que “los

31 Un amplio repertorio de sentencias en materia civil relacionadas con el empleo de los principios generales del Derecho, puede revisarse en: Pérez (2006). En este caso específico, *vid.* p. 17.

principios jurídicos forman parte indubitable de las argumentaciones que los jueces utilizan cotidianamente para justificar sus decisiones”. De igual forma, que el ordenamiento jurídico, y especialmente la Constitución, contienen principios de naturaleza general que deben ser aplicados a soluciones, necesariamente, en la vía judicial. Y cuando se generan conflictos en la aplicación de principios, le corresponde precisamente al juez realizar la debida ponderación.

No puede verse, bajo ningún supuesto, que la aplicabilidad de los principios generales del Derecho implique un acto de arbitrariedad³², puesto que la labor de los jueces está sujeta a estrictas exigencias y a diversos parámetros que permiten garantizar su razonabilidad y sujeción al propio principio de legalidad.³³

Ante la certeza de la inexistencia de leyes definitivas, al igual que por el comportamiento cambiante de la sociedad, resulta necesario que exista un mecanismo que permita al juez adecuar la norma a la situación jurídica concreta en un asunto determinado, con sujeción a ciertos principios que permitan darle seguridad jurídica al ciudadano, es decir, permitir al juez que al aplicar cierta disposición esta pueda ser flexible en correspondencia con el caso concreto que se plantea, y al realizar esta función construya e integre el Derecho.

Por ende, este tercer presupuesto debe ir orientado a la definición de los sujetos a los que corresponda

aplicar los principios en la solución de un supuesto determinado, bien complementando la norma aplicable, o integrando el ordenamiento jurídico en caso de ausencia o vacío normativo, lo cual implica un acto de creación. Se puede considerar que estos sujetos deben ser, precisamente, los jueces. A estos efectos debe tenerse presente, especialmente, el papel que en la interpretación y aplicación uniforme del Derecho, desempeñan el Tribunal Supremo Popular y su Consejo de Gobierno, lo cual pone a estos órganos en condiciones superiores para emplear los principios en el proceso de integración del Derecho, ante ausencia o insuficiencias en la ley, sentando pautas de obligatorio cumplimiento para el resto del sistema de tribunales, en la resolución de determinados casos.³⁴ Esto convierte en viable la aplicación de los principios generales en sede judicial, imbricándolos al mismo tiempo en la formación de criterios jurisprudenciales, con valor normativo.

Esta conclusión no debe apreciarse en su sentido absoluto, pues pudieran definirse otros sujetos, siempre que en su actuar preservaran el segundo de los presupuestos planteados, y no diesen margen a la inseguridad jurídica por el empleo indiscriminado de soluciones a base de principios que pudieran atentar contra la legalidad, desconociendo el carácter primordial de fuente que posee el acto normativo.

32 En este sentido ha dicho Malem Seña: “en la actualidad (...) constituye una exigencia legal no cuestionada que los jueces han de fundamentar todas las decisiones que toman so pena de verlas revocadas por una instancia superior.”, lo que reduce sensiblemente las posibilidades de un actuar arbitrario. *Cfr.*, Malem (2001: 379).

33 Incluso Hobbes admitía que “se supone siempre que la intención del legislador es la equidad (...) Por consiguiente si el texto de ley no autoriza plenamente una sentencia razonable (el intérprete-juez) debe suplirlo con la ley de la naturaleza”. Nada más cercano a la formulación iusnaturalista del empleo de los principios generales del Derecho y del papel del juez ante la oscuridad o vacío de ley. *Cfr.*, Calvo (1986: 121), citando a Thomas Hobbes de su monumental obra *Leviatán*.

34 Así lo afirma Arredondo Suárez, Jueza de lo Civil de la máxima instancia judicial cubana: “Es precisamente el Tribunal Supremo Popular quien tiene la elevada misión de ir distinguiendo los principios generales del Derecho en sus sucesivos fallos, de forma que se pueda ir enriqueciendo la práctica jurídica. Los mismos, en la medida en que sean acogidos por el máximo órgano judicial, podrán ser aplicados por todos los Tribunales, siendo alegables en todas las instancias, cuando no exista ley aplicable al caso concreto o para orientar su actividad jurisdiccional en la recta interpretación de la ley, junto a las disposiciones con ese carácter emanadas del Consejo de Estado y a las instrucciones de carácter obligatorio del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, recogiendo la experiencia de la actividad judicial en la interpretación y aplicación de las leyes así como las decisiones que dicta al evacuar consultas de los Tribunales que también han de ser consideradas como fuentes formales del ordenamiento jurídico”. *Cfr.*, Arredondo (2006: 11).

CONCLUSIONES

Puede decirse entonces, a modo de conclusión, que en el ordenamiento jurídico cubano se aprecia indefinición del sistema de fuentes formales, admitiéndose en la teoría, como válida y esencial, al acto normativo.

Sin embargo, es común encontrar en algunas ramas del Derecho la formulación particular de un conjunto de fuentes que operan bien directa o indirectamente en la práctica jurídica. Los principios generales del Derecho se derraman por todo el ordenamiento jurídico, incluyendo la Constitución, y resultan aplicados igualmente en la actividad judicial. De esta forma se precisa establecer, preliminarmente, presupuestos que faciliten su reconocimiento formal. Estos deben partir, para afianzar su validez y eficacia, de la inclusión de los principios como fuente dentro del texto constitucional.

Un segundo presupuesto debe atender a que este reconocimiento formal del papel de los principios como fuente jurídica no suponga una vulneración a la legalidad como columna vertebral de nuestro sistema jurídico, ni el desplazamiento del acto normativo como fuente primaria.

En tercer lugar, la aplicación de los principios generales del Derecho debe descansar en sujetos previamente definidos –especialmente vinculados a la actividad judicial–, como garantía del principio de seguridad jurídica y de legalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arredondo, I. (2006). Los principios Generales del Derecho en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano. Ponencia presentada en el III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana.
- Bhrunis, R. (2010). El constitucionalismo en el Ecuador. *Alter Justitia*.
- Bruzón, C. J. (2010). Fortalezas, dificultades y retos en la labor de la Asamblea Nacional cubana. *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Parlamentos*, 10, 31–34.
- Bruzón, C. J. (2013). Democracia, participación popular y reforma constitucional en Cuba. En Belloso, N. & Rodrigues, S.: *Justiça Constitucional e Democracia*. Cuiabá: EduFMT.
- Calvo, M. (1986). La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3, 113–127.
- Carrillo, Y. (2008). El proceso legislativo en Cuba. Un modelo para su análisis, tesis en opción al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba.
- Carrillo, Y. (2010). Régimen político y calidad de las leyes en Cuba”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LXIII, (128), 623–669.
- De Lucas, J., ed. (2006). *Introducción a la Teoría del Derecho*. La Habana: Félix Varela.
- De Vega, P. (2004). *Estudios político-constitucionales*. México: UNAM–UCM.
- Díaz, F. J. (2011). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. *Alter Justitia*, 24–42.
- Dworkin, R. (s/f) ¿Es el Derecho un sistema de reglas? En *Cuadernos de críticas*, 5. México: UNAM–IIF.
- Fernández, J. (2005). *Filosofía del Derecho*. La Habana: Félix Varela
- Fernández, J. A. (2002). Las fuentes formales del Derecho Procesal Penal. Diferencias con el Derecho Procesal Civil. Los principios del Derecho Procesal Penal. En AA. VV.: *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. La Habana: Félix Varela.
- Fernández, J. A. (2004). La proyección del modelo iuspublicístico romano en la actualidad. *Revista Jurídica*, 5 (10), 69–86.
- Ferrari, M. (2009). Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y jusfilosóficas. *Revista Cubana de Derecho*, 34, 45–68.
- Fix–Zamudio, H. (1968). Veinticinco años de evolución de justicia constitucional, 1940–1965. México: [s/e].
- Fonseca, M. (1992). Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 1, 32–45.

- Fraga, R. et al (2004). *Nociones de Derecho Mercantil*. La Habana: Félix Varela.
- Freixes, T. & Remotti, J. C. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12 (35), 101–103.
- Garaicoa, X. (2009) *Perspectivas del régimen constitucional del buen vivir y del empoderamiento ciudadano*, Ecuador: Universidad de Guayaquil.
- García, E. & Fernández, T–R. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 10^{ma}. edición. Madrid: Civitas.
- Garcini, H. (1986). *Derecho Administrativo*. La Habana: Pueblo y Educación
- Grillo, R. (1993). *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso Civil*. La Habana: Pueblo y Educación.
- Hart, H. L. A. (1968). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Jiménez, R. (2000). Sobre los principios generales del Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 3, 1–18.
- Lafuente, J. (2000). *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex.
- Malem, J. (2001). ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 379–403.
- Mánov, A. et al (1981). *Teoría marxista del Estado y del Derecho*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Matilla, A. (2006). Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento). En Castanedo, F. et al: *Temas de Derecho Administrativo cubano*. La Habana: Félix Varela, 33–219.
- McCormack, M., coord. (2007). *Temas de Derecho Agrario cubano*. La Habana: Félix Varela.
- Méndez, J. (1999). *El modelo de creación de leyes en Cuba, tesis en opción al título de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Santiago de Cuba.
- Méndez, J. & Cutié, D. (2010). La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos. *Revista Cubana de Derecho*, 36, 5–24.
- Mendoza, J. et al (2001). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. La Habana: Félix Varela.
- Ojeda, N., comp. (2006). *Derecho de Contratos. Teoría General del contrato*. La Habana: Félix Varela.
- Pavó, A. (2012). *Derecho Agrario. Teoría General. Su recepción y estado actual en Cuba*.
- Pérez, J. (1995) *Curso de Derecho Constitucional*, 2^{da}. ed. Madrid: Tecnos, S. A.
- Pérez, J. (2009). Hacia un reconocimiento jurídico normativo de las fuentes del Derecho en Cuba. *Iuris Veritatis*, 1, 13–18.
- Pérez, J. (2009). Sobre el tema de las fuentes del Derecho en Cuba. *Revista Maestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais*, 9 (2), 91–102.
- Pérez, L. (2006). Código Civil de la República de Cuba. Ley No.59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). La Habana: ONBC.
- Pérez, L. (2007). *Introducción al Derecho Civil*. En Valdés Díaz, C. et al: *Compendio de Derecho Civil*. La Habana: Félix Varela, 100–144.
- Pino, C. et al. (2006). *Temas de Derecho Internacional Público*. La Habana. Félix Varela.
- Prieto, M. & Pérez, L. (2005). *Selección legislativa de Derecho Constitucional cubano*. La Habana: Félix Varela.
- Prieto, M. (2002). *El Derecho, la Constitución y su interpretación*. La Habana: Universidad de La Habana.
- Prieto, M. (2004). *Funciones de la Constitución*. *Revista Jurídica*, 5 (9), 38–47.
- Prieto, M. (2008). En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario. *Revista Cubana de Derecho*, 31, 5–18.
- Richards, O. (2012). Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Medellín*, 42 (116), 117–158.
- Rivero, D. & Bertot, M. (2009). *Código Penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (anotado con las disposiciones del CGTSP)*. La Habana: ONBC.

- Rodríguez, C. F. (1997). La jurisprudencia como fuente complementaria del Derecho. Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho, Universidad de Oriente, 39–44.
- Salguero, M. (2002). Argumentación jurídica por analogía. Madrid: Marcial Pons.
- Schmitt, C. (1931). La defensa de la Constitución. Barcelona: [s/e].
- Séfer, I, (s/f) Recopilación de Instrucciones del Tribunal Supremo Popular (1974–2005). La Habana: [s/e].
- Torres del Moral, A. (1996). Introducción al Derecho Constitucional. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Vallet, J. (2009). El razonamiento judicial. Anales, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: Dykinson S.L., 17–32.
- Vallet, J. (2010). La función de juzgar y sus aportaciones al arte y la Ciencia del Derecho. Estudios, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid: Dykinson S.L., 17–34.
- Vilajosana, J. M. (2007). Identificación y justificación del Derecho. Madrid–Barcelona: Marcial Pons–Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Zhidkov, O., Chirkin, V. & Yudin, Yu. (1980) Fundamentos de la Teoría Socialista del Estado y el Derecho. Moscú: Progreso.

PAGINAS WEB

- Bruzón, C. J. (2013). Jurisprudencia en Cuba: análisis de las consecuencias de su reconocimiento como fuente formal del ordenamiento jurídico, en *Revista Opinión Jurídica*, 12 (23). Versión digital disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302013000100011&lng=en&nrm=iso&tlng=es
- Monroy, M. (2002). La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México: UNAM, 13–37. (www.juridicas.unam.mx) [Consultado: 2 de octubre de 2013]