

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXVI

Núm. 2.147

Octubre de 2012



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-12-001-1

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-12-001-1

Depósito Legal

M.883-1958

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXVI • OCTUBRE 2012 • NÚM. 2.147

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—Sobre el recurso de plena jurisdicción y otros presupuestos de acceso a la justicia administrativa en cuba. Apuntes para una trayectoria histórica

SOBRE EL RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN Y OTROS PRESUPUESTOS DE ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN CUBA. APUNTES PARA UNA TRAYECTORIA HISTÓRICA.

JOLENE PEREIRA BASANTA

Doctoranda en Derecho (UHU). Ex jueza de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana.

RESUMEN

El régimen general de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa que se regula actualmente en el orden positivo en Cuba no ha conseguido atemperarse a la evolución del Derecho público contemporáneo; hoy en día permanece muy similar a sus primeros antecedentes normativos dados por España, oriundos de la segunda mitad del siglo XIX. Con el objetivo de demostrar la anterior afirmación, el trabajo se enfoca en la descripción y análisis de la evolución histórica de tres categorías que estructuran parte esencial del cuadro jurídico de acceso a la justicia administrativa en Cuba: el recurso de plena jurisdicción, la potestad discrecional y la potestad reglamentaria, a través de los hitos normativos que sobre estas materias han existido en Cuba hasta la actualidad. Con ayuda de los elementos históricos, se aportan algunas notas para un estudio crítico de los presupuestos de acceso al control de la legalidad de la acción administrativa que se hallan vigentes en el orden positivo cubano.

ABSTRACT

The general arrangement of access to administrative courts which currently regulates the positive order in Cuba has failed in adapting to the evolution of contemporary public law and today remains very similar to its first regulatory background given by Spain, originally from the second half of the nineteenth century. In order to prove the above statement, the work engages in the description and analysis of the historical evolution of three key categories in the legal framework of access to administrative justice in Cuba: the appeal of full jurisdiction, the discretionary power and the regulatory power, through the milestones in law about these issues that have existed in Cuba to date. With help of historical elements, are offered notes for a critical study of the prerequisites of access to the control of the legality of administrative actions in today's Cuban positive order.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción contencioso-administrativa, recurso de plena jurisdicción, potestad discrecional, potestad reglamentaria, derecho subjetivo preexistente, acto administrativo, agotamiento de la vía administrativa.

KEY WORDS

Administrative courts, appeal of full jurisdiction, discretionary power, regulatory power, pre-existing individual right, administrative action, exhaustion of administrative remedies.

Fecha de recepción: 26 - 06 -2012. Fecha de aceptación: 19 - 07 - 2012

SUMARIO

I. Ideas preliminares.

II. Los orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa en Cuba: de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 a 26 de diciembre de 1888.

1. Orígenes, formación y elementos del recurso de plena jurisdicción.

2. La discrecionalidad administrativa y su exención del control jurisdiccional. Orígenes.

III. Los Reales Decretos de 4 de julio de 1861: de 13 de julio de 1861 a 26 de diciembre de 1888.

IV. La Ley de 13 de septiembre de 1888: de 27 de diciembre de 1888 a 3 de enero de 1974.

1. Panorama general de la Ley: avatares y desasosiegos.

2. Sobre el recurso de plena jurisdicción.

3. Sobre la discrecionalidad administrativa.

V. La Ley de Procedimiento Civil y Administrativo: de 4 de enero de 1974 a 24 de agosto de 1977.

VI. La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral (y posteriormente Económico): de 25 de agosto de 1977 hasta nuestros días.

1. Breve análisis sobre el régimen del recurso y otras condiciones de acceso al proceso-administrativo.

2. Notas para una valoración del régimen general de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

I. IDEAS PRELIMINARES.

Es reciente el impulso que adquiere la Historia del Derecho cubano -y en especial la Historia del Derecho público- de la mano de un colectivo de autores cubanos que apuesta por el rescate del acervo histórico-jurídico patrio en tanto fin que entraña un valor en sí mismo, y como afluyente que participa en una empresa de mayores dimensiones: la de reconstruir las bases jurídicas del Derecho en Cuba¹. Desde hace algunas décadas atrás la Historia del Derecho no era precisamente una disciplina que se beneficiara de los «mimos» de la doctrina nacional. Si se le compara con la producción científica en el campo de la ordenación y sistematización de la Ciencia Jurídica contemporánea, vemos que los estudios históricos resaltan por constituir en sí una minoría, condición ésta que los ha convertido en joyas exóticas del acervo científico cubano. Salvo contados trabajos, entre los que no pueden dejar de mencionarse los respectivos manuales de Historia del Derecho en Cuba de los profesores universitarios Julio **CARRERAS**², Julio **FERNÁNDEZ BULTÉ**³ y Orestes **HERNÁNDEZ MÁS**⁴ -que se recibieron como un oasis para los estudios universitarios y de posgrado en la carrera de Derecho-, el desarrollo de la Historia del Derecho en Cuba ha sido una tarea aplazada en el tiempo, la escasez de estudios histórico-jurídicos de factura nacional se hace más latente en las últimas cuatro décadas del siglo XX y primeros años del siglo XXI.

De esa corriente que busca reactivar el interés por la investigación jurídica-histórica participa el presente trabajo, que se propone brindar otro tanto de luz sobre una de las instituciones del Derecho público: la jurisdicción contencioso-administrativa. En este tópico nos preceden los recientes trabajos de **MATILLA CORREA**. Uno sobre los orígenes del contencioso-administrativo en suelo cubano y su evolución hasta los primeros años del siglo XX⁵, otro que ofrece una panorámica general sobre el Derecho administrativo cubano, en el que se le dedica un espacio a cuestiones que tocan directamente a la justicia administrativa⁶, y un tercero monográfico (que contiene al primero que mencionamos) sobre la historia de la justicia administrativa en Cuba⁷. En todo caso el estudio hasta ahora desarrollado se ha centrado en la evolución del instituto desde la perspectiva de la organización estructural de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, de los modelos de justicia administrativa que han sucedido en nuestro país, con referencias también a los medios de impugnación de las decisiones jurisdiccionales que en cada momento han existido, entre otras cuestiones.

El presente trabajo se introduce en materia «sustantiva» del contencioso-administrativo. Emprende la tarea de reconstruir la trayectoria normativa de algunos de los presupuestos de acceso al proceso administrativo, como camino que nos llevará a develar algunos de los fundamentos teóricos de la vigente legislación sobre el control judicial de la legalidad

¹ Los frutos de ese movimiento por los temas de la Historia del Derecho son, fundamentalmente: **VILLABELLA ARMENGOL**, C. M., *Historia Constitucional y poder político en Cuba*, Camagüey, 2009; **MATILLA CORREA**, A. y **VILLABELLA ARMENGOL**, C. M., (compiladores), *Guáimaro. Alborada en la historia constitucional cubana*, Edición conmemorativa en el 140 Aniversario de la Constitución de Guáimaro, Camagüey, 2009; **MATILLA CORREA**, A., (compilador), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, México, 2009; **MATILLA CORREA**, A., (coordinador), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté*, Ciudad de La Habana-Palma (Mallorca), 2009; **VILLABELLA ARMENGOL**, C. M., (compilador), *Hitos constitucionales del siglo XIX cubano*, Camagüey, 2011; **MATILLA CORREA**, A. y **MASSÓ GARROTE**, M. F., (coordinadores), *De Cádiz (1812) a La Habana (2012). Escritos con motivo del bicentenario de la Constitución española de 1812*, 2011; **MATILLA CORREA**, A., (coordinador), *El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*, Ciudad de La Habana, 2011; **ÁLVAREZ-TABÍO ALBO**, A. M. y **MATILLA CORREA**, A., (coordinadores), *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Ciudad de La Habana, 2011; **MATILLA CORREA**, A., *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba*, Madrid, 2011; **BAHAMONDE RODRÍGUEZ**, S. A., *La propiedad en el constitucionalismo del siglo XIX cubano: una visión histórico-jurídica*, tesis presentada en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas, Ciudad de La Habana, 2011(tesis inédita).

² **CARRERAS**, J. A., *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ciudad de La Habana, 1990; del mismo autor *Cuba: contradicciones de clase en el siglo XIX*, Ciudad de La Habana, 1985.

³ **FERNÁNDEZ BULTÉ**, J., *Historia del Estado y Derecho en Cuba*, Ciudad de La Habana, 2005.

⁴ **HERNÁNDEZ MÁS**, O., *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Santiago de Cuba, 1974.

⁵ Véase a **MATILLA CORREA**, A., "La justicia administrativa en Cuba: inicios y evolución hasta la primera intervención norteamericana", en *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, ob. cit.

⁶ Trabajo titulado "Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba"; participa en la segunda edición de *Derecho Administrativo en Iberoamérica*, obra coordinada por **GONZÁLEZ VARAS**, S., que se encuentra en proceso de edición.

⁷ El que se titula *Breve historia de la justicia administrativa en Cuba* (trabajo inédito).

administrativa, y permitirá identificar cuáles son las raíces, los antecedentes directos, del actual cuadro de condiciones que delimitan la entrada a la jurisdicción contencioso-administrativa en Cuba. Dentro de este cuadro de presupuestos para el acceso a la revisión jurisdiccional nos centraremos en la evolución histórica de la revisión de la actividad administrativa discrecional y reglamentaria, y de los elementos que conformaron el recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción. La propuesta responde a la necesidad de desempolvar temas de la historia jurídica cubana que han permanecido durante largo tiempo a la sombra; es una apuesta por la Historia del Derecho, por el rescate de nuestro pasado, por volver la mirada hacia el proceso de gestación y formación del sistema de Derecho administrativo al que Cuba pertenece, desde la óptica de una de las instituciones que participa de la esencia de ese sistema: el control jurisdiccional de la administración pública.

Sin embargo, el estudio histórico que proponemos no limita sus objetivos a describir la vida de una institución jurídica durante un período de tiempo determinado -aun y cuando el mero afán por el recuento y análisis histórico-jurídico constituye *per se* un objetivo digno de emprender-. La elección por la búsqueda de las raíces de una institución *iuradministrativa* como es el contencioso-administrativo responde a motivaciones teóricas, como es la de encontrar los fundamentos, la salvia que nutre a la actual legislación sobre el proceso administrativo en lo que a las condiciones de acceso a él respecta, pero también a finalidades con una trascendencia práctica nada desdeñable. El análisis histórico en el Derecho administrativo -nos enseña **SANTAMARÍA PASTOR**- es un instrumento básico para la interpretación práctica de las normas, pues las instituciones administrativas tienen una fuerte apariencia de artificialidad, e incluso de aleatoriedad, a diferencia de otras normas del Derecho penal o civil que están impregnadas de una razonabilidad intrínseca. Las dificultades de interpretación de las normas administrativas pueden ser salvadas a través de su análisis histórico⁸. Para el caso del Derecho administrativo cubano se le puede añadir otra consideración. Los requisitos procesales para revisar el actuar de la Administración y la actividad que puede ser objeto de control por los órganos judiciales son herederos directos de sus primeros antecedentes, emergidos en la segunda mitad del siglo XIX, y no han experimentado cambios sustanciales desde entonces; por ello la investigación en retrospectiva sobre los presupuestos teóricos de los hitos normativos en esta materia, e incluso la consulta del material bibliográfico más antiguo, son factores que colaboran directamente en la labor de análisis e interpretación de las normas hoy vigentes; y su encuadramiento en los contextos históricos en que surgieron puede proporcionarnos además un examen crítico del estado actual de la legislación en la materia.

El trabajo parte en paralelo hacia una apuesta por el necesario perfeccionamiento técnico-jurídico del Derecho administrativo cubano, y como parte de este, por una reconsideración sobre la importancia de los mecanismos de control sobre la actividad administrativa, en especial, por el que ha ocupado un lugar destacado en el Derecho administrativo⁹: el control jurisdiccional de la legalidad administrativa. En tanto espacio en el que se discute la legalidad de la actuación administrativa, la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un mecanismo de protección de derechos y libertades individuales, y a su vez ámbito propicio para el logro del equilibrio entre esos intereses privados y la tutela de intereses públicos que derivan de la necesidad de protección y de restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado por la acción administrativa. El contencioso permite medir, calibrar, y compulsar el incremento de la necesaria juridificación de la acción de la administración pública cubana; junto a otros mecanismos de control interno, la jurisdicción contencioso-administrativa puede desempeñar un rol importante en el logro de ese objetivo.

⁸ Véase en **SANTAMARÍA PASTOR**, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988, p. 69-70.

⁹ Para **SCHMIDT-ASSMANN** es tal la importancia que se le ha dado al contencioso-administrativo que lleva a decir al autor que el Derecho Administrativo clásico tiene se eje en el control que realizan los jueces y tribunales. Véase en **SCHMIDT-ASSMANN**, E., "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", en *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Javier **BARNES** (Editor), Sevilla, 2006, p. 81.

Corrientes de avanzada en el Derecho administrativo abogan por un cambio de perspectiva sobre el rol central que el control, y en especial el control jurisdiccional sobre la Administración, ha desempeñado en la hechura del Derecho administrativo clásico. En su dogmática tradicional a la Administración le correspondía la ejecución de las leyes, y a los órganos jurisdiccionales el control de legalidad de la función ejecutiva desempañada por aquella. Por los tiempos que corren esos paradigmas se hallan sujetos a transformación, básicamente para lo que ahora interesa, bajo dos aristas fundamentales: una reformulación de la teoría del control administrativo que deja a un lado la idea del control jurisdiccional como control por excelencia de la actividad administrativa, y busca la construcción de la teoría como un sistema de controles jurídicos, financieros, sociales, en el que cada instrumento desde la posición que asume pueda controlar aquellos parámetros de la acción administrativa a los que no puede llegar el juez, de forma tal que se alcance un nivel suficiente de control en su conjunto. El otro cambio de paradigma postula que junto a la concepción del Derecho administrativo como técnica de control debe comprendérsele como el régimen jurídico de la acción administrativa, cuyo objeto de estudio se dirige a sistematizar los parámetros que abogan por la eficiencia y eficacia de la actividad administrativa¹⁰.

Sin estar ajenos a ello y conociendo que el Derecho administrativo de estos tiempos corre por esos senderos, consideramos que al control judicial de la administración pública en Cuba debe permitírsele ocupar el lugar que le corresponde dentro del conjunto de instrumentos de control que contempla el orden positivo, para que pueda desplegar la verdadera tutela del ordenamiento jurídico de largo alcance que él puede desarrollar. Como ha dicho algún autor nacional, nuestro contencioso-administrativo es un contencioso discapacitado, dada la implementación última que le dio la vigente Ley no. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, de 1977 (LPCALE); por lo que el avance dogmático y el protagonismo que esta institución haya alcanzado en otros lugares, para nosotros son todavía experiencias necesarias por las que es saludable y necesario pasar.

Si se da una somera ojeada al ordenamiento jurídico cubano es fácil apreciar que nuestras leyes y reglamentos muestran una tendencia a otorgarle a la Administración cómodos poderes de decisión con amplitud de facultades de apreciación para casos concretos. Las normas son proclives a dejar en manos de la Administración no sólo la adopción de decisiones en casos concretos e individuales sino también un amplio margen de maniobrabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria en muchos sectores, en lo que a la iniciativa normativa y al contenido a regular respecta. En tales casos para una Administración dotada legalmente de amplias competencias y potestades decisorias fungiría como elemento de equilibrio, de contrapeso a la detentación de tales poderes, un control judicial amplio y eficiente que detectara las

¹⁰ Véase a **SCHMIDT-ASSMANN, E.**, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, ob. cit.; del mismo autor *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, 2003.

El cambio de perspectiva para el Derecho administrativo desde su concepción como herramienta de control hacia una ciencia que busque respuestas y proporcione los recursos para lograr una acción administrativa eficaz, es explicado y ubicado en contexto histórico por Javier **BARNES** en la “Introducción a la traducción” que hiciera de *La teoría general del derecho administrativo...*, ob. cit., p. XXI. «Si en la segunda posguerra -dice **BARNES**- se puso el acento en la delimitación de la Administración pública como segundo poder y en su *vinculación* a la Ley y al Derecho -esto es, en la cláusula del Estado de Derecho y, con ello, en las figuras del derecho subjetivo, la tutela judicial, o la reserva de ley, entre otras-, en la actualidad, sin embargo, el debate parece haberse desplazado hacia otros terrenos en la búsqueda de una más eficaz acción administrativa, dentro de las coordenadas que trazan la Constitución y el Derecho europeo, en un entorno, por lo demás, en el que la Administración sepa encarnar con más fuerza la legitimidad democrática del legislador y suscitar con sus decisiones a un tiempo la adhesión y el consenso de los ciudadanos. Se trata, desde luego, de un análisis o de una aproximación científica dominada por la perspectiva funcional o, lo que es lo mismo, orientada hacia el cumplimiento y la satisfacción de los objetivos que el ordenamiento le asigna en cada caso a la Administración». Significa emprender la formación de un Derecho administrativo, con sus categorías, principios, instituciones, que se proyecte sobre el ejercicio de la acción administrativa para hacerla más eficaz, para que proporcione soluciones en beneficio del administrado. El Derecho administrativo se coloca con anterioridad a la producción de la acción administrativa. Ejerce funciones de ordenación de la actividad administrativa, se refuerzan en general las construcciones jurídicas *ex ante* de la acción administrativa como alternativas para encauzar y regular su ejercicio; se desplaza el centro de atención del control judicial, en tanto que es un instrumento que alcanza a obtener los objetivos previstos en las normas, pero mediante una acción que restablece el orden jurídico quebrantado *a posteriori* del ejercicio de la acción administrativa, a un régimen que pretende brindar soluciones para asegurar que la administración pública lleve a cabo una función administrativa acorde a los parámetros de rentabilidad y eficiencia social.

infracciones administrativas desviadas de las finalidades u objetivos previstos por la norma a alcanzar con la actividad administrativa, y que protegiera los derechos de los ciudadanos.

Cuba se convierte en un escenario propicio para el desarrollo científico del control sobre la acción administrativa, y puede situarse en la corriente que impulsa esa visión multifuncional del sistema de controles administrativos a la que hacemos referencia. La promulgación de la Ley no. 107, De la Contraloría General de la República de Cuba, de 1 de agosto de 2009¹¹, al parecer nos coloca en ese camino. La Ley creó un contralor general directamente subordinado a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado, y por ende un órgano de control *ad extra* del núcleo de la administración pública. El legislador vuelve a tomar la senda del heterocontrol administrativo -y no del autocontrol- con la creación de órganos controladores ajenos a la organización nuclear de la administración pública. El escenario se torna propicio para el perfeccionamiento de la teoría sobre los controles administrativos, y dentro de ello, para detenernos sobre el control judicial de la legalidad administrativa. Las propuestas de perfeccionamiento que se vienen esgrimiendo para la jurisdicción contencioso-administrativa¹² así lo hacen ver, y en esa tendencia por la innovación y el perfeccionamiento se inserta este trabajo de investigación. Nuestro deseo es que contribuya como un grano de arena más a despertar el interés por el estudio de la jurisdicción contencioso-administrativa. A ese clamor, expresado desde décadas anteriores por otros autores cubanos, se suma este trabajo¹³.

II. LOS ORÍGENES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN CUBA: DE LA REAL CÉDULA DE 30 DE ENERO DE 1855 A 26 DE DICIEMBRE DE 1888.

Durante el período que va desde finales del siglo XV (1492) hasta finales del siglo XIX (1898), «la perla de las Antillas» como parte del imperio español, constituía uno de sus territorios ultramarinos, y funcionaba por tanto bajo el *status* de provincia del Reino de España¹⁴. Bajo esas

¹¹ Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, no. 29, de 14 de agosto de 2009.

¹² Los estudios recientes que incorporan posiciones de avanzada para la jurisdicción contenciosa son: ARIAS GAYOSO, G., "Reflexiones en torno al principio de legalidad y la potestad discrecional de la Administración Pública", en *Revista Jurídica*, Tercera época, Año 1, no. 2, julio-diciembre 2008, Ciudad de La Habana; MARCHECO ACUÑA, B., "El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana Colombia, vol. 39, no. 110, enero-junio 2009; ARIAS GAYOSO, G., "A vueltas con la discrecionalidad administrativa", en *Novum jus*, vol. 4, no. 1, enero-junio, 2010, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, D.C.; y además en *Revista de Derecho*, no. 5, Montevideo 2010; de la misma autora "La significación jurídica del principio de legalidad para la Administración Pública", en *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté*, ob. cit.; de la misma autora: "Por los cauces de la discrecionalidad administrativa", en *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío...*, ob. cit.; de la misma autora, *La discrecionalidad administrativa y su control en el ordenamiento jurídico cubano*, tesis presentada en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 2011 (tesis inédita); PÉREZ URQUIZA, Y., *La revisión judicial de los actos de la Administración Tributaria en Cuba*, Santiago de Cuba, 2011 (tesis inédita); MARCHECO ACUÑA, B., "Del régimen de medidas cautelares y de la ejecución de sentencias en el proceso administrativo cubano", en *Panorama del Derecho procesal hispanocubano*, MENDOZA DÍAZ, J., (coordinador), Valencia, 2012; PÉREZ URQUIZA, Y., "La ejecución de sentencias en el proceso administrativo", en *Panorama del Derecho procesal hispanocubano*, MENDOZA DÍAZ, J., (coordinador), Valencia, 2012.

¹³ Véase la nota al pie 102.

¹⁴ Condición que acuñó expresamente la Constitución española de 1837 para los territorios de Ultramar del Reino de España. En su artículo adicional segundo establece: *Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales*. El *status* de provincia de la metrópolis española fue recogido con anterioridad por la Constitución de 1812, y posteriormente por las Constituciones de 1845, 1869 y 1876. Como se desprende del precepto citado la condición de provincia no significaba su sometimiento a un régimen jurídico de igualdad respecto a los territorios peninsulares, sino a un *status* jurídico *sui generis*, particularizado, justificado por la distancia y la diferencia de estas tierras respecto al Reino de las Españas. La política de la especialidad en el régimen jurídico se tradujo incluso en la creación de diferencias respecto a la legislación que se producía para los distintos territorios ultramarinos, de forma tal que en ocasiones los diputados filipinos y puertorriqueños se sentaron en las Cortes españolas mientras los de una Cuba en guerra no, o que algunos derechos fundamentales fueran reconocidos para unos territorios y para otros no. Para profundizar sobre la política especialidad/asimilación que el Reino de España desarrolló a partir de 1837 en Cuba véase a PÉREZ DE MOLINA, M., "El Poder Legislativo VI", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia El Foro cubano*, no. 19, Año I, 10 de marzo de 1875; ALONSO ROMERO, M. P., "Cuba, provincia asimilada: 1878-1898", en *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas, Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, Cuenca, 2002. De la misma autora: "La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes", en *Cuadernos de Derecho Judicial (Separata)*, VII-2008, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial.

condiciones a Cuba le fue dado una Administración colonial y un régimen de Derecho público -marcado siempre por la política moviediza entre la especialidad de aquellos vastos territorios de Ultramar y la asimilación al Derecho de la península¹⁵- de corte español, y determinado por el diseño político y jurídico perfilado desde Madrid¹⁶. Al abrigo de la soberanía española y por aplicación directa del Derecho peninsular se recibió en Cuba la influencia del Derecho administrativo francés que fungía como primerísima referencia para el Reino de España. Como resultado de todo ello, las bases del Derecho administrativo cubano contemporáneo -cuya gestación se inició en aquellos cuatro siglos de dominación española- responden a los moldes jurídicos trazados por un modelo *iusadministrativo* de corte franco-español¹⁷.

Ahora bien, acuñar el surgimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en Cuba no constituye una afirmación que pueda hacerse con la ligereza propia de los sucesos históricos aceptados con unanimidad por la doctrina y por ende, sólidos y consolidados en la Historia. El inicio de la institución es un tópico que ha pasado casi desapercibido para los autores que le han dedicado páginas a la justicia administrativa en Cuba, al parecer más preocupados por entrar de lleno en la descripción y análisis de la legislación vigente que en acometer una descripción histórica de los orígenes de la institución. Arribar a la fecha en que surgió el contencioso-administrativo en Cuba no se vislumbra como una empresa de fácil acometimiento, pues a la disminuida atención de la doctrina al respecto, se añade el hecho de que las contadas referencias al «momento fundacional del contencioso-administrativo en Cuba» no ofrezcan coincidencias¹⁸.

¹⁵ Un análisis histórico-jurídico sobre el régimen jurídico especial dado por España a sus territorios ultramarinos, y en particular sobre Cuba, puede consultarse **PÉREZ DE MOLINA, M.**, “El Poder Legislativo VI”..., ob. cit.; **ALONSO ROMERO, M. P.**, *Cuba en la España liberal (1837-1898)*, Madrid, 2002. De la misma autora, *Entre asimilación y autonomía: la política colonial española para Cuba y Puerto Rico durante el siglo XIX*, Milano, 2005. Sobre el mismo tema, desde una perspectiva más general, véase a: **TOMÁS Y VALIENTE, F.**, “Consejo de Estado: Fondos de Ultramar (1835-1903)”, en *Obras Completas*, tomo V, Madrid, 1997, p. 4383 y ss. En la página citada el historiador acuña: «La especialidad del régimen ultramarino comprendía un amplísimo abanico: desde la existencia de esclavitud hasta la de penas excluidas en el Derecho Penal desde los tiempos de la Ilustración; desde la composición diferente en los Consejos de Administración encargados de la jurisdicción contenciosa en primera instancia hasta los también diferentes poderes de máxima autoridad militar; desde el sistema de recaudación de impuestos hasta la concesión de vías férreas; y la enumeración podría seguir con un poco de paciencia y muy poca imaginación».

¹⁶ Véase la acotación que realiza **VICENTE TEJERA** al analizar la influencia española en la legislación cubana. Plantea este autor que: «...durante la época colonial, Cuba no recibió influencia española en su legislación, pues lo que le venía de aquel pueblo no era un influjo, sino todo su Derecho;...». Confróntese en **VICENTE TEJERA, D.**, *Estado de la legislación cubana y de la influencia que ejercen en ella la de España y la de otros países*, Madrid, 1925, p. 51.

Sobre la imposición paulatina del *status* de territorio de Ultramar puede consultarse a **MORILLA, J. M.**, *Tratado de Derecho Administrativo Español*, tomo I, La Habana, 1865, p. VII-LX. El autor narra los aspectos fundamentales sobre el impulso de la dominación española desde los inicios de la conquista, describiendo el proceso de construcción de la Administración colonial y de adopción de las principales normas jurídicas dictadas para regir la vida económica y política de la Isla. De esas páginas se puede recibir una síntesis de algunos de los factores de corte político, jurídico, económico y social que, hacia lo interno de la Isla, confluyeron en la formación paulatina de la Isla de Cuba como territorio de Ultramar.

17 Conclusión a la que arriba **MATILLA CORREA, A.**, “La justicia administrativa en Cuba:...” ob. cit., p. 385.

^{Respecto} a la influencia del Derecho administrativo francés en la España del siglo XIX nos brinda su opinión **TOMÁS Y VALIENTE**: «...tal vez el campo -advierte el autor- en que tal influencia fue más intensa es el de la Administración. La recepción del régimen administrativo napoleónico en España fue completa y no puede decirse que obedeciera al capricho de nuestros políticos, sino acaso a una corriente casi universal». Confróntese en **TOMÁS Y VALIENTE, F.**, “Manual de Historia del Derecho Español”, en *Obras completas*, tomo II, Madrid, 1997, p. 1529.

El autor cubano **VICENTE TEJERA, D.** (*Estado de...*, ob. cit., pág. 57.) también vierte su criterio sobre la influencia del Derecho francés en España, en las siguientes palabras: «Los cuerpos legales que produce la Francia, que conquista la segunda igualdad, la política, tienen como era natural una influencia decisiva en el mundo entero, cuya cultura avanzaba como la cultura francesa, y esta influencia repercute en España...». «España debía como todos los países civilizados de la época, adoptar estos nuevos derroteros del Derecho, y lo hizo también; y al igual que Bélgica, Holanda, los cantones franceses y alemanes de Suiza y otros países más, tomaban, no sólo las ideas, sino también los Códigos enteros». En lo que respecta a la recepción en Cuba de los influjos jurídicos de Francia precisa el autor: «...las ideas francesas, las famosas conquistas de la humanidad obtenidas por la gloriosa Revolución francesa, declaración de derechos del hombre, supresión de privilegios, igualdad ante la ley, derecho de representación, llegaron a Cuba, si bien algo tarde, pero llegaron; vinieron con esas leyes españolas que aun hoy forman parte de nuestro Derecho vigente». Consúltese en **VICENTE TEJERA, D.**, *Estado de...*, ob. cit., p. 60. Véase también a **CÁRDENAS, R.**, “Evolución del Derecho cubano”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, no. 33, enero-febrero-marzo 1947, tomo IX, México, D.F.

¹⁸ Sobre el inicio de una jurisdicción contencioso-administrativa en Cuba comenta **MATILLA CORREA**: «En cuanto a los orígenes del contencioso-administrativo para el caso cubano, debe reconocerse que dichos orígenes no han sido fijados con

Así, los autores de segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del XX que desarrollan la temática del contencioso-administrativo en Cuba se dividen en dos tendencias. Un grupo se forma por juristas que no reparan en los orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa en Cuba. Entre ellos se halla **ÁLVAREZ TABÍO**¹⁹, el cual le dedica un epígrafe del trabajo monográfico que hiciera sobre el proceso administrativo a su evolución histórica, y sólo hace referencia al dato en el Derecho español, y no así a la Isla, en donde parte de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888. Posición similar es la de Ángel C. **BETANCOURT** que a razón de la compilación que hiciera sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Cuba en materia contencioso-administrativa²⁰, en la introducción de la obra se echan en falta pronunciamientos sobre los inicios de la institución en suelo cubano. Estudios como los que emprendidos por Francisco **MORENO**²¹, **DE PASO Y DELGADO**²², **RAMÍREZ OLIVELLA**²³ y Guillermo de **MONTAGU**²⁴ (los dos primeros y los dos últimos son cubanos, **MORENO** y **DE PASO Y DELGADO** son españoles) carecen igualmente de referencias sobre este punto en particular.

El segundo grupo sí hace alusión al surgimiento del contencioso-administrativo en la Isla de Cuba. Autores como José María **MORILLA** y Manuel **AGUIRRE DE TEJADA** colocan el surgimiento del contencioso en el año 1855, en virtud de la Real Cédula de 30 de enero de ese año²⁵, mientras que otros como **ALFARO LAFUENTE**²⁶ y **GALLOSTRA Y FRAU**²⁷ (los tres últimos españoles, **MORILLA** es dominicano, pero fue durante muchos años catedrático de la Universidad de La Habana y al unísono ejerció como abogado) señalan el año 1861, a raíz de los Reales Decretos dictados el 4 de julio. En todo caso, para la mayoría de los autores, a excepción de **MORILLA** y **AGUIRRE DE TEJADA**, la Real Cédula de 30 de enero de 1855 pasó desapercibida, al menos en lo que corresponde a lo regulado sobre la jurisdicción contencioso-administrativa.

El debate adquiere nuevas tonalidades cuando autores del presente siglo se han acercado al tema. **ALONSO ROMERO** sitúa la fecha de nacimiento de la institución en 1861, a raíz de

total claridad por los autores nacionales que se han ocupado de su estudio a lo largo de este tiempo». Más adelante agrega: «La indagación por el momento en que se inaugura para Cuba, en específico, la jurisdicción administrativa, es algo que la literatura patria de fines del siglo XIX, y la que tendrá lugar durante todo el siglo XX, ha soslayado casi por completo. Con alusiones a lo que aconteció en el territorio ibérico, se echan en falta pronunciamientos decisivos sobre lo que al respecto acontecía en suelo cubano». Véase en **MATILLA CORREA, A.**, «La justicia administrativa en Cuba:...», ob. cit., p. 385.

¹⁹ **ÁLVAREZ TABÍO, F.**, *El proceso contencioso-administrativo. Doctrina, legislación, jurisprudencia*, La Habana, 1954, p. 16-20.

²⁰ **BETANCOURT, A. C.**, *Nueva edición del procedimiento contencioso-administrativo vigente en la República de Cuba*, La Habana, 1916, p. 3-8.

²¹ **MORENO, F.**, *La Administración. Sus procedimientos*, Habana, 1886.

²² **DE PASO Y DELGADO, N.**, *Exposición histórico exegética de la teoría de los procedimientos contencioso-administrativos de España y sus posesiones de Ultramar*, Madrid, 1889.

²³ **RAMÍREZ OLIVELLA, G.**, *Legislación contencioso-administrativa con toda la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Cuba desde su creación hasta la fecha*, La Habana, 1943, p. 7-12.

²⁴ **DE MONTAGU, G.**, *Origen y formación del proceso civil moderno*, Habana, 1951.

²⁵ **MORILLA, J. M.**, *Tratado de...*, ob. cit., p. 158. «La jurisdicción contencioso-administrativa -señala **MORILLA**- no vino a inaugurarse en la Isla de Cuba y demás posesiones ultramarinas hasta la publicación de la Real Cédula de 30 de enero de 1855, que tuvo por objeto la organización y competencia de los tribunales, introduciendo mejoras de gran trascendencia en la administración de justicia». En igual sentido **AGUIRRE DE TEJADA, M.**, («Artículos 120 y 121 del Capítulo 6º de la Real Cédula de 30 de Enero de 1855», en *Revista de Jurisprudencia*, La Habana, 1856, p. 399-400) sostiene: «Esto ha conseguido la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos en que la Real Cédula la ha planteado. Hoy dicha jurisdicción forma parte de nuestro sistema legal con sus condiciones propias, con la independencia suficiente para que ofrezca sólida defensa a los derechos que protege...».

La Real Cédula de 30 de enero de 1855 fue publicada en *Gaceta de Madrid* entre los días 1 a 9 de marzo de ese año. Su texto también puede consultarse en **VIDAL Y SABATÉS, E.**, *La Real Cédula de 30 de enero de 1855 anotada con arreglo a la legislación vigente en Filipinas*, Manila, 1883, documento que se encuentra en la siguiente dirección: http://bibliotecadigitalhispanica.bne.es/view/action/singleViewer.do?dvs=1329861751758~438&locale=es_ES&VIEWER_URL=/view/action/singleViewer.do?&DELIVERY_RULE_ID=10&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true (consulta realizada el 21 de febrero de 2012). Fue destinada a regir en Cuba y demás posesiones ultramarinas. La instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa fue uno entre otros aspectos que abordó. Tuvo por objeto el perfeccionamiento de la administración de justicia, ordenó el cese de la competencia de los Gobernadores para conocer de los asuntos de la justicia ordinaria, y redujo las facultades de los alcaldes ordinarios.

²⁶ **ALFARO Y LAFUENTE, S.**, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo o sea lecciones dadas sobre los principios generales, legislación, jurisprudencia y procedimientos de esta materia en la academia matritense de jurisprudencia y legislación durante el curso de 1873 a 1874*, Madrid, 1875, p. 502.

²⁷ **GALLOSTRA Y FRAU, J.**, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, p. 371.

los Reales Decretos de 4 de julio de 1861. La autora no desconoce la existencia de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 y de los preceptos en ella contenidos sobre el contencioso-administrativo como vía de reclamación y solución de conflictos Administración-administrados, pero coloca el peso de importancia de la norma sobre la reforma organizativa que implicó para la separación de la administración de justicia de la acción administrativa de las autoridades político-militares, y le atañe a la Real Cédula el haber desempeñado un rol trascendental en la preparación de los Reales Decretos de 4 de julio de 1861²⁸. Sin embargo, **MATILLA CORREA** es menos enfático al calificar la promulgación de la Real Cédula como un acontecimiento normativo del que «derivaron ciertas consecuencias en relación con el origen de la justicia administrativa en Cuba».

Amén del halo de indeterminación sobre esta parte de la historia cubana, los estudios realizados comienzan a brindar una dosis no desdeñable de certidumbre sobre el tema. La Real Cédula de 30 de enero de 1855 es una norma que no puede dejar de mencionarse cuando de los orígenes históricos del contencioso-administrativo en Cuba se hable. Calificada por **TOMÁS Y VALIENTE** como «...el núcleo de un posible escalón inferior de una jurisdicción contencioso-administrativa», ella constituye el primer precedente normativo que aportó un conjunto de elementos que permitieron comenzar a identificar los conflictos en materia administrativa con un cauce jurisdiccional propio. Se disponía de un precepto que definía, desde una perspectiva general, los asuntos que eran objeto de reclamación, que para la época era considerado un aspecto digno de elogio y reflejo de avanzadas ideas sobre la definición del contencioso-administrativo, a partir de la consideración sobre su naturaleza y caracteres esenciales. Y se habilitaba a un órgano -que ya formaba parte de la Administración de la Isla- para su conocimiento y resolución: el Real Acuerdo²⁹. Cuatro años después, por medio de la Real Orden comunicada al Gobierno de la Isla el 25 de febrero de 1859, se habilitaba recurso en la vía contencioso-administrativa contra las resoluciones adoptadas por el Ministerio de Ultramar ante el Consejo de Estado, por lo que el establecimiento de un medio de impugnación contra decisiones de un órgano de la administración peninsular española vendría a integrar el cuadro en formación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Cuba³⁰.

Con todo, la ausencia de un procedimiento que guiara la actuación del Real Acuerdo en cuanto a la tramitación de los asuntos es un factor que debe añadirse al análisis, puesto que no favorece situar el origen del contencioso en la citada Real Cédula³¹. El no contar con un cauce procedimental lastra la constitución de la jurisdicción, que hasta ahora quedaba sentada a nivel de principios. Dicho procedimiento vendría en 1861, en uno de los Reales Decretos de 4 de julio de 1861. La Real Cédula emerge en el orden positivo de la provincia ultramarina de Cuba como una norma dirigida a articular el principio de separación de poderes entre los órdenes que juzgan y los que administran, y sobre esta cuerda ella constituye un punto inicial en un proceso de formación de la jurisdicción contencioso-administrativa, que alcanzará solidez en 1861 con los comentados Reales Decretos, en virtud de los cuales se implementa el principio de dualidad de jurisdicción para Cuba, al quedar separados y diferenciados los órganos que se encargan de la justicia ordinaria y aquellos a los que se les atribuye el conocimiento de los litigios administrativos³². Los pronunciamientos de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 sobre la justicia administrativa son decisivos para comprender las bases teóricas sobre las que se sustenta nuestra vigente legislación del proceso administrativo, pues es en ella donde se ubica el primer antecedente normativo de los presupuestos de acceso a la justicia

²⁸ Véase en **ALONSO ROMERO**, M. P., "La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes"..., ob. cit., p. 346 a 351.

²⁹ El Real Acuerdo se constituía por la reunión del Gobernador y Capitán General de la Isla y los magistrados de la Audiencia. Sobre las facultades de este órgano véase a **ALONSO ROMERO**, M. P., "La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes"..., ob. cit., p. 348-349.

³⁰ Véase a **MORILLA**, J. M., *Tratado de...*, ob. cit., p. 158.

³¹ Existió un proyecto de Reglamento sobre el procedimiento y forma de actuar para la materia contenciosa que fijaba la Real Cédula de 30 de enero de 1855, pero del que se desconoce si se aprobó y si se puso en vigor. Respecto a ello confróntese en **TOMÁS Y VALIENTE**, F., "Consejo de Estado: Fondos de Ultramar (1835-1903)", ob. cit., p. 4386.

³² Un análisis detallado de las acciones emprendidas luego de dictarse la Real Cédula de 30 de enero de 1855 para arribar a los Reales Decretos de 4 de julio de 1861 puede consultarse en **ALONSO ROMERO**, M. P., "La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes"..., ob. cit., p. 349 a 351.

administrativa que aun hoy son rectores del control jurisdiccional de legalidad administrativa en Cuba.

Una última acotación sobre la justicia administrativa en esta etapa. Antes de que España emprendiera el proceso de llevar a sus territorios de Ultramar los modernos dictados sobre la jurisdicción administrativa, no estaba del todo desprovista la Isla de Cuba de vías de solución de conflictos administrativos, sólo que su situación -advierde **MATILLA CORREA-** «... era, prácticamente, la misma que existía desde las anteriores centurias bajo la regulación de las viejas Leyes de Indias»³³. Existía la posibilidad de establecer inconformidad respecto a las providencias dictadas por los Virreyes, los Capitanes Generales y funcionarios menores ante las Audiencias, órgano que también conocía las materias civil y penal, cuando pudieran lesionar derechos de la parte agraviada³⁴.

1. Orígenes, formación y elementos del recurso de plena jurisdicción.

La Real Cédula proveyó los elementos básicos para la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Cuba. En lo que atañe a la determinación del contenido de la jurisdicción es fruto de la época en que surgió, es fiel expresión de las concepciones políticas y jurídicas sobre la justicia administrativa al calor de los paradigmas del Estado moderno del siglo XIX. La cláusula general que fijaba los marcos y requisitos que la actividad administrativa debía cumplir para poder mostrarse contra ella inconformidad estaba fijada en el artículo 120, el cual dispuso: *Compete à las Reales Audiencias constituidas en Acuerdo conocer en la vía*

³³ En **MATILLA CORREA**, A., "La justicia administrativa en Cuba:...", ob. cit., p. 387. Véase al respecto a **PRUDENCIO LÓPEZ**, A., *Reseña histórica del Derecho de Ultramar*, La Habana, 1864, p. 14 y ss.

³⁴ Así se advierde de la obra de **MORILLA**, J. M., (*Tratado de...*, ob. cit., p. 157.) de la que reproducimos el fragmento donde el autor valora la acumulación de materias jurisdiccionales en un órgano de la Administración indiana como factor que induce a desechar la idea de jurisdicción contencioso-administrativa en estos años: «La jurisdicción contencioso-administrativa introducida para ventilar y resolver de modo conveniente y equitativo las reclamaciones de los particulares contra el Estado, ya se ha visto que fué una consecuencia de la division de poderes inherentes al Gobierno representativo, que no hace largo tiempo fué adoptado en España; por lo tanto no podía conocerse aquella jurisdicción ni su enjuiciamiento especial en las posesiones de Indias. En ellas los Virreyes Gobernadores y Capitanes Generales ejercian el mando Superior gubernativo en sus respectivos territorios, desempeñándolo con auxilio del Real Acuerdo de las Audiencias que presidian; pues debian pedirle su dictámen o voto consultivo en los negocios graves de gobierno. Mas las atribuciones de éstos tribunales en lo administrativo no se limitaban a una mera consulta a su Presidente; sino que las tenian tambien decisivas con autoridad superior a la de aquel Jefe cuando por considerarse agraviada una parte legitima de las providencias que dictaba en los mismos asuntos gubernativos, que no fuesen de gracia o provision de oficios, apelaba para ante la Real Audiencia, en cuyos casos, no solo estaba facultada ésta para revocar dichas providencias, sino que le correspondia ademas la calificacion del grado o determinar si la alzada procedia o no libremente».

Sobre la improcedencia de reconocer una jurisdicción administrativa previa a la entrada en vigor de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 sostiene varios argumentos **AGUIRRE DE TEJADA**, M., ("Artículos 120 y 121...", ob. cit. pág. 399.): «No es esto afirmar que la jurisdicción administrativa fuese del todo desconocida en la Isla de Cuba. Las jurisdicciones especiales de hacienda, correos y minas, el Real Acuerdo, cuando conocia de las apelaciones contra las decisiones de los Gobernadores Capitanes generales con arreglo a la ley de Indias, entendían y fallaban frecuentemente sobre cuestiones de índole contencioso-administrativa. Involucradas sin embargo las atribuciones de los respectivos juzgados con otras de carácter contencioso-ordinario, propiamente civiles y penales, no podian ser denominados con propiedad tribunales administrativos, ni las cuestiones de este orden ante ellos llevadas lo eran por razón de su especie administrativa, sino por causa de la materia comun sobre que recaían. La competencia del tribunal de hacienda y minas o el de correos no la determinada como es sabido el orden de la cuestion sino el tratarse o no de aquellos ramos. Que la contienda versase sobre alguno de los objetos mas o ménos directamente encomendados al fisco, que recayese sobre la industria minera o que afectase al servicio de la correspondencia pública, y a veces al fuero personal de los individuos que jugaban en la contienda, hé aquí lo que regulaba y determinaba el fuero».

Aspecto con el que parece coincidir **TOMÁS Y VALIENTE**, pues el autor dirige su valoración sobre la inexistencia de la jurisdicción administrativa en los territorios ultramarinos a partir de la acumulación de funciones diferentes en un mismo órgano. «Es mucho hablar a este respecto -plantea el prestigioso historiador- de una jurisdicción contencioso-administrativa, pero lo cierto es que dentro del principio propio del Antiguo Régimen de acumular funciones distintas en un mismo órgano, la Real Audiencia controlaba judicialmente actos de gobierno y actos de gracia». A continuación señala: «En la Recopilación de 1680, por precepto procedente de Felipe IV en 1624, se contiene una ley en la que se dispone que "en las materias de gobierno que se reducen a justicia entre partes, de lo que los Presidentes proveyeren, si las partes apelaren, han de admitir las apelaciones a sus Audiencias. Normas particulares contenidas en Ordenanzas de Audiencias singulares consagraron, desde fechas muy anteriores, este control». Véase en **TOMÁS Y VALIENTE**, F., "Consejo de Estado: Fondos de Ultramar (1835-1903)", ob. cit., p. 4385; consúltese además a **PÉREZ DE MOLINA**, M., "El Poder Legislativo VI"..., ob. cit., p. 299.

*contenciosa, después de agotada la gubernativa ante las autoridades administrativas por su orden gerárquico, de los agravios que se causen a los particulares en la aplicación de las leyes, ordenanzas y reglamentos administrativos, ofendiendo un verdadero derecho*³⁵.

Uno de los aspectos que primero resalta del precepto es el que se haya recurrido a un sistema de cláusula general para delimitar las fronteras de los negocios contencioso-administrativos; ello significó una postura adelantada respecto al modelo de lista que en este sentido imperaba por aquellos tiempos en la metrópolis española. El *sistema de litis* adoptado para determinar el contenido justiciable, consistía en la incorporación por la norma de una relación taxativa de asuntos que -en principio, con carácter excluyente de cualesquiera otras- engrosaban la materia contencioso-administrativa³⁶; sistema que fue adoptado en España por las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, fecha en que surge la jurisdicción administrativa en la península³⁷. El método por listado, tildado por el propio GALLOSTRA de «estrecho y anticientífico», estuvo vigente en España hasta la promulgación de la Ley de 13 de septiembre de 1888 que sustituyó el sistema de lista por el de cláusula general.

Las ventajas de la cláusula general de acceso a la justicia administrativa estriban fundamentalmente en que disminuye el estado de incertidumbre e inseguridad jurídica que provocaba el método de lista, dada la ambigüedad y el casuismo provocado por una relación de asuntos cuya variabilidad incitaba a la duda sobre las materias que deben ser o no conocidas en el contencioso³⁸. El *sistema de litis* era de naturaleza contingente dada la redacción ambigua de los propios preceptos. Por ello, el modelo de cláusula general -no exento de tropiezos en la delimitación del contenido de la jurisdicción administrativa- fue expresión del avance científico en la construcción dogmática de la institución, toda vez se materializó en el plano normativo la concepción del contencioso desde una perspectiva general, y proporcionó la certidumbre de la que se carecía con el anterior sistema. La incorporación de un precepto

³⁵ El precepto puede consultarse también en AGUIRRE DE TEJADA, M., "Artículos 120 y 121...", ob. cit. p. 404.

³⁶ Los asuntos contencioso-administrativos previstos en la Ley de 2 de abril de 1845 pueden consultarse en CABALLERO MONTES, J. M., *Lo contencioso-administrativo*, tomo I, Zaragoza, 1902, p. 22 y 23.

³⁷ En virtud de la Ley de 2 de abril de 1845 se crean los Consejos Provinciales como órganos administrativos encargados de dirimir las contiendas entre la Administración y los particulares, dotándosele de jurisdicción delegada. Se integraban estos Consejos por un presidente, que era el Jefe político, y lo componían de tres a cinco vocales, de los cuales al menos dos debían ser letrados, y donde todos eran nombrados por el Rey. La Ley de 6 de julio del propio año creó el Consejo Real como instancia superior a los homólogos de provincia. El Consejo Real, que ejercía jurisdicción retenida, estaba presidido por el Presidente del Consejo de Ministros y compuesto por los Ministros Secretarios de Estado y del Despacho, treinta consejeros ordinarios y los extraordinarios que nombrase el Rey. El Consejo Real (que a partir de 1860 con la Ley de 17 de agosto pasó a nombrarse Consejo de Estado) contaba con una Sección de lo contencioso para conocer de los asuntos de esta naturaleza ejerciendo jurisdicción retenida. Para ambas leyes se dictaron sus respectivos reglamentos: el Reglamento de 1 de octubre de 1845, para establecer el modo de proceder de los Consejos Provinciales en los negocios contenciosos de la Administración, y el Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1946. Para profundizar sobre los derroteros de la justicia administrativa en España al amparo de ambas leyes puede consultarse en: GALLOSTRA FRAU, J., *Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit.; DE PASO Y DELGADO, N., *Exposición histórico exegética...*, ob. cit.; CABALLERO MONTES, J. M., *Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit.; MARTÍN-RETORTILLO, C., *Nuevas notas sobre lo contencioso administrativo*, Madrid, 1951; NIETO, A., "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", en *Revista de Administración Pública*, no. 50, mayo-agosto 1966, p. 27-50; TOMÁS Y VALIENTE, F., "Consejo de Estado: Fondos de Ultramar (1835-1903)", ob. cit., p. 4365 y ss.; FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid, 1998; LORENTE, M., "División de poderes y contencioso de la administración: una -breve- historia comparada", en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, GARRIGA, C., (coordinador), México, 2010. Si se desea indagar en el proceso de gestación y formación de la jurisdicción contencioso-administrativa en España que dio al traste con las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, véase a SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, 2006.

³⁸ Afirma MARTÍN-RETORTILLO, L., ("Unidad de jurisdicción para la administración pública", en *Revista de Administración Pública*, no. 49, enero-abril 1966, p. 148-149) que el sistema de lista era el resultado de concebir a lo contencioso-administrativo desde una perspectiva singularizada, de lo particular o casuístico. Haciendo un análisis sobre las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1945 respecto a la competencia de la jurisdicción administrativa apunta: «...las cuestiones que pueden ser planteadas ante lo contencioso-administrativo, si determinadas inicialmente de acuerdo con la fórmula del llamado sistema de lista, no dejan de ofrecer serias dudas, ya que dicha lista va a estar sometida a un auténtico juego de acordeón resultando ampliada o reducida a tenor de muy variadas circunstancias». Sobre la misma línea ALFARO Y LAFUENTE (*Tratado...*, ob. cit., pág. 60.) describe el estado en que se hallaba el contencioso en España bajo el sistema de lista: «Hasta la fecha, en la materia de que tratamos no se ha sentado un principio fijo, ni se han establecido reglas generales que pudieran aplicarse a todas las cuestiones, sino que por el contrario la legislación ha sido casuística, determinando en cada Ley o Reglamento cuándo procede el recurso objeto de estas conferencias, y cuándo termina definitivamente el negocio en la vía gubernativa, lo cual nos obliga a ir examinando todas las Leyes y Reglamentos».

general a través del cual se filtrara la materia administrativa enjuiciable eliminó gran parte de la inseguridad jurídica padecida bajo el modelo anterior, al poner el punto de mira sobre los requisitos que debía cumplir la actividad administrativa para acceder al control, y no en las concretas y puntuales materias que podían ser llevadas a revisión.

Más allá de la incorporación de un sistema de cláusula general, el resto de las condiciones que integran el cuadro de acceso a la jurisdicción administrativa transitaban por los designios político-jurídicos que dominaban la teoría del contencioso-administrativo en la época. La actividad administrativa impugnada en sede contenciosa era todo acto administrativo productor de efectos jurídicos concretos e individualizables -por tanto quedada fuera la posibilidad de revisar la actividad reglamentaria-, que hubiese agotado la vía administrativa, y que fuese vulnerador de perfectos derechos subjetivos preestablecidos en la ley.

El acto administrativo en tanto expresión jurídico-formal a través de la cual la administración pública de mediados del siglo XIX expresaba el contenido material de sus decisiones y entablaba vínculos jurídicos con los administrados, es el protagonista del proceso³⁹. Para el grado de desarrollo del Derecho administrativo en general, y de las categorías jurídicas con las que la Administración trababa vínculos con los administrados en la época en particular, era consecuente que el acto administrativo ocupase un lugar preponderante en las expresiones jurídico-formales que tenían carta de acceso al contencioso. Los actos administrativos de ejecución o aplicación, junto a los contratos celebrados con la Administración -considerados éstos últimos como materia excepcional del contencioso por entenderse que correspondía su conocimiento a los Tribunales-, eran las manifestaciones de la función administrativa que, ante inconformidades de los particulares, se sometían a revisión. La actuación administrativa unilateral y productora de efectos jurídicos concretos e individualizados (características intrínsecas al acto administrativo modelo) era una de las herramientas fundamentales de trabajo de la administración pública decimonónica. Su formación unilateral, su carácter imperativo, la producción de consecuencias jurídicas para sujetos concretos y determinados se ajustaba a los esquemas de una Administración abstencionista donde su actuación -se entendía- debía ser por medio de intervenciones singulares en la esfera jurídico-privada, siendo norma de actuación común la imposición unilateral y el acatamiento obligatorio de las decisiones administrativas⁴⁰.

El que el acto administrativo deba agotar la vía administrativa es otro de los clásicos dogmas de acceso al contencioso-administrativo⁴¹. En virtud de este presupuesto, ante la existencia de un conflicto administrativo el particular viene obligado a establecer una reclamación ante la Administración, que luego y derivada en recurso, debe interponer ante todos los grados de la jerarquía administrativa -según estén previstos-, con carácter previo y preceptivo a la jurisdicción contencioso-administrativa. La interposición de esta condición para permitir la entrada al contencioso es una de las piedras angulares del sistema de *régimen administratif*. Impedir el control de legalidad de los actos administrativos que no hubiesen agotado la vía administrativa significa garantizar la eficacia de una de las prerrogativas administrativas sobre las que se construyó el sistema de Derecho administrativo de corte franco-español; es como advierte **SERRANO GUIRADO** una situación de privilegio de la Administración⁴² que le

³⁹ Postura que **ALFARO Y LAFUENTE** (*Tratado...*, ob. cit., pág. 247.) defendía para la legislación que por aquellos tiempos regía en la metrópolis española. Ante la dispersión normativa imperante debido -entre otros factores- al sistema de lista, el autor proponía una regla general que definiese la materia contencioso-administrativa considerando justiciable «...toda resolución de la Administración reglada, que resuelva definitivamente cualquier asunto y haya lastimado o podido lastimar algún derecho administrativo en particular...».

⁴⁰ En relación a las funciones que le correspondía a la administración pública del Estado liberal moderno y al rol que desempeñaba respecto a los particulares, **VIVIEN, M.**, (*Estudios Administrativos*, tomo I, Madrid, 1854, p. 56.) plantea: «Los gobiernos han sido instituidos principalmente con un doble objeto: la protección nacional, y el sostenimiento del orden. Mantener, por una parte, relaciones benévolas con el extranjero, prevenir las disensiones, apaciguar las rivalidades, resistir los ataques, velar con celoso esmero por la grandeza y la seguridad de la patria: Asegurar, por otra, la ejecución de las leyes, castigar a los que las violen, apaciguar los trastornos interiores, consolidar la paz, garantizar a cada uno la libertad del hogar doméstico; libertad que aventaja a todas las otras. Tal es su misión...».

⁴¹ Véase a **AGUIRRE DE TEJADA, M.**, "Artículos 120 y 121...", ob. cit., y a **MORILLA, J. M.**, *Tratado de...*, ob. cit.

⁴² **SERRANO GUIRADO, E.**, "El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado", en *Revista de Administración Pública*, no. 10, enero-abril 1953, p. 116.

habilita a juzgar sus propias decisiones, y que sólo cuando ha dicho la última palabra en el asunto, cuando el acto ha sido revisado por cada uno de los niveles jerárquicos superiores a la autoridad que emitió la decisión, es que se abre paso a un control de legalidad *ad extra* de la Administración que dictó el acto⁴³.

El agotamiento del acto en sede administrativa es una condición procesal que se traslada al Derecho ultramarino de la Isla de Cuba por medio de la Real Cédula de 30 de enero de 1855, pero que tiene sus orígenes inmediatos en la legislación española de finales de la década de los años 40 y mediados del propio siglo XIX. En virtud de las citadas Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 -recuérdese que ellas crean y organizan la primera jurisdicción contencioso-administrativa en territorio peninsular- no se exigía, como requisito *sine qua non* del pleito que contase el administrado con una decisión administrativa como objeto directo de inconformidad provocada por una reclamación previa ante la Administración⁴⁴; el proceso comenzaba con la demanda a la que podía precederle un acto administrativo o una mera situación litigiosa que no contase con una decisión administrativa formal.

El cambio iba a venir más allá de las fronteras de la justicia administrativa. En los pleitos del Estado que se conocían por los Tribunales ordinarios, es decir, por la jurisdicción civil, por medio de la Real Orden de 9 de junio de 1847, se dispuso el trámite de reclamación ante el Ministerio de Hacienda en ciertos asuntos⁴⁵, previo a entablar demanda ante los órganos judiciales. Los beneficios que tal regla proporcionaba a la Administración (invasión sobre asuntos que le competen a la jurisdicción ordinaria, fortalecimiento de su posición frente al poder judicial) fueron rápidamente advertidos por el Consejo Real, que sin mediar mucho tiempo (a sólo dos meses después de la Real Orden de junio de 1847) y en discordancia con las leyes de 1845, comienza a exigir que se presente en los procesos que se someten a su conocimiento una decisión administrativa donde la Administración se haya pronunciado sobre el objeto del litigio. La posición del Consejo Real, si se nos permite el uso de un lenguaje coloquial, llegó para quedarse, pues fue reiterada por sucesivos fallos de ese órgano en los años venideros, alcanzando reconocimiento legal expreso en 1888, con la Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de septiembre de 1888 (en lo sucesivo LCA)⁴⁶.

Sin embargo, antes de la LCA, y a menos de una década de que se adoptase como criterio jurisprudencial el que la resolución administrativa constituya uno de los presupuestos de acceso al proceso y el agotamiento de la vía ante la Administración y alcanzase solidez, ya España le daba a sus provincias ultramarinas una legislación que, en este punto, era descendiente directa y fruto de la jurisprudencia administrativa del Consejo Real⁴⁷.

⁴³ Véase a **GOVÍN Y TORRES, A.**, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, tomo III, La Habana, 1883-1954, p. 235.

⁴⁴ En este sentido consúltese el excelente trabajo de **SANTAMARÍA PASTOR, J. A.**, "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa", en *Revista de Administración Pública*, no. 77, mayo-agosto 1975. Sobre estos esquemas de la naciente jurisdicción contencioso-administrativa sostiene el autor: «...el proceso contencioso-administrativo, en su versión primera, se acomoda al viejo esquema del pleito *inter partes*, absolutamente alejado del sistema revisor que hoy conocemos. En otras palabras, *el planteamiento del proceso no estaba en modo alguno condicionado al pronunciamiento de una decisión previa del órgano activo sobre el objeto de la litis*». Más adelante agrega: «... ni en la ley de organización y atribuciones de los Consejos Provinciales, de 2 de julio de 1845, ni en la ley de organización y atribuciones del Consejo Real, de 6 de julio de 1845, ni en el reglamento sobre el modo de proceder los Consejos Provinciales en los negocios de la Administración, de 1 de octubre de 1845, se hace la menor referencia a la impugnación de actos administrativos». , p. 103, nota al pie 33, y p. 104, respectivamente.

⁴⁵ Los asuntos en concreto fueron: las ventas de bienes nacionales y la ejecución judicial de créditos contra entidades públicas.

⁴⁶ Mediante numerosos Reales Decretos-Sentencias, el Consejo Real fue imponiendo su nueva postura. El primero de ellos tiene fecha de 18 de agosto de 1847, al que le siguieron el de 15 de septiembre y 27 de octubre, ambos de 1847. Otros más vendrían en los sucesivos años. Véase en **NIETO, A.**, "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, no. 57, septiembre-diciembre, 1968.

⁴⁷ A este devenir histórico hace referencia también **DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, J.**, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la península y ultramar*, Madrid, 1866, p. 99.

Algún exponente de la doctrina nacional ha justificado esta pieza procesal esgrimiendo que, el agotamiento del acto en vía administrativa es un mecanismo de autocontrol administrativo que permite ejercer la revisión de las decisiones tomadas por los subalternos, así como que con la imposición de una vía administrativa previa y preceptiva, pueden evitarse «...largos procesos contenciosos» pues «...realizada con esmero y con estricta sujeción a normas jurídicas, facilitará enormemente la defensa de los ciudadanos frente a los abusos de la Administración»⁴⁸. Amén de la factibilidad de estos argumentos dados desde la óptica de los beneficios que el control jurisdiccional interno puede proporcionar, también es sugerente no desechar otros elementos que ayudan a comprender a una figura que hoy pervive en el orden positivo en Cuba. El que el acto administrativo cause estado es la articulación técnico-jurídica del principio de autotutela de la Administración, en una de sus manifestaciones. Si con la autotutela administrativa se proclama la independencia de la administración pública respecto del poder judicial para tutelar las situaciones jurídicas que nacen de su actuar, corresponde apertrechársele con las herramientas que posibiliten cumplir esos mandatos. El que las disposiciones administrativas deban causar estado antes de su revisión jurisdiccional garantiza una parcela de poder en manos de la Administración, planteamiento que nace de la interpretación francesa del principio de separación de poderes y propicia la formación de una administración pública fuerte, dotada de un conjunto de prerrogativas y potestades de carácter exuberante en comparación con el régimen jurídico dado a los sujetos privados.

El tercero de los requisitos a cumplir por la resolución administrativa es, según el tenor del precepto, que se le cause al particular un agravio ofendiéndole un verdadero derecho. La ofensa a un derecho subjetivo preestablecido en norma es también otro de los postulados tradicionales de la justicia administrativa del siglo XIX. Con generalizada unanimidad la doctrina española y cubana acuñaban -fuese interpretando la normativa vigente, o defendiendo criterios teóricos recogidos en proyectos de Leyes- la pertinencia del contencioso-administrativo sólo ante el resquebrajamiento de un derecho reconocido con anterioridad en la ley. La presencia de esta condición en la Real Cédula de 30 de enero de 1855 es resultado de la recepción en el Derecho colonial español de concepciones dogmáticas de orígenes jurisprudenciales franceses. La doctrina del contencioso-administrativo cuyo uno de sus pilares era la vulneración de un derecho fue construida por el Consejo de Estado francés, y acogida por los autores que abordaron el tema por aquellos años. «La verdadera definición de lo contencioso administrativo -dice **VIVIEN**- se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de estado, que de cincuenta años a esta parte ejerce la alta jurisdicción administrativa, y esta larga y escrupulosa elaboración, es la que ha unido todos los elementos de que se compone. El Consejo de Estado se ha encerrado siempre en los dos caracteres que constituyen exclusivamente lo contencioso administrativo, y nunca, salvo las disposiciones excepcionales que lo decidían de otro modo con palabras terminantes, ha admitido recurso alguno que no versase sobre una reclamación fundada en un derecho, si este derecho no dependía de la acción administrativa»⁴⁹.

MORILLA llama la atención sobre este punto en lo que respecta a la recepción por la Real Cédula de las concepciones teóricas sobre la posición de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto a la Administración activa, y su articulación a través del establecimiento de un conjunto de requisitos a cumplir por la actividad administrativa para ser revisada en sede contenciosa, que dominaban por aquellos tiempos el terreno doctrinal español. «Natural era -sostiene este autor- que tales prescripciones se nivelasen a las reglas y doctrinas establecidas en la Metrópolis. En efecto; salvas las autoridades a las cuales se atribuye el conocimiento y alguna diferencia accidental de forma, en su letra y espíritu consagra la Real Cédula las mismas máximas y estatuye los mismos principios que quedan explanados en el primer tomo al tratarse de la jurisdicción contencioso-administrativa en general». Más adelante agrega: «Así que para que tenga lugar esta vía en las posesiones ultramarinas se requieren las mismas circunstancias que en el resto de la Monarquía; a saber: (...) 2° Que se impugne por haberse violado un derecho que debiera respetarse...».

⁴⁸ Véase en **ÁLVAREZ TABÍO, F.**, *El proceso contencioso-administrativo...*, ob. cit., p. 339.

⁴⁹ **VIVIEN, M.**, *Estudios...*, ob. cit. p. 103-104.

AGUIRRE DE TEJADA también se hizo eco sobre la exigencia de un derecho subjetivo que como título jurídico debía ser transgredido para poder accionar ante el contencioso. No era suficiente -a decir de uno de los dos intérpretes de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 que nos llega hasta hoy- alegar la existencia de intereses privados vulnerados con el acto administrativo, pues ante «...el interés colectivo le oscurece, é impide que venga à colocarse à su frente, o que aspire a sobreponérsele. Tampoco es base suficiente un derecho *abstracto* o *indefinido*, sino *perfecto* y *absoluto*. (...) Es menester que arranque del derecho civil o de una disposición administrativa expresa, ora general, ora particular. Solo esta clase de derechos puede dar lugar à la contienda administrativa».⁵⁰

Estaban esbozados los elementos que comenzaban a dibujar el llamado recurso subjetivo o de plena jurisdicción para Cuba: la exigencia de un agravio por la administración pública a un perfecto derecho del particular, previamente delimitado por la ley, como presupuesto para ejercer la acción procesal, única alternativa para irrumpir en el contencioso-administrativo de la época. Se denomina recurso de plena jurisdicción (o pleno contencioso) pues a semejanza con la justicia civil, se inicia ante el resquebrajamiento de derechos subjetivos y viene impuesto el órgano juzgador -en caso de que se formule en la pretensión- a decretar la nulidad de la decisión administrativa, a restablecer el derecho vulnerado y emprender todas las acciones necesarias para reponer la situación jurídica del particular al estado en que se hallaba antes del suceso⁵¹. De esta forma el saneamiento de los vicios y deformidades jurídicas de la función administrativa sólo se produce cuando esa actividad penetra en la esfera jurídica privada a manera de transgresión de derechos previamente establecidos en una norma jurídica. Se le añade al recurso el adjetivo de subjetivo para hacer énfasis en que el control de la legalidad que se ejerce por la jurisdicción contencioso-administrativa no opera ante infracciones administrativas que no hayan transgredido la esfera jurídica privada en la forma de vulneración de títulos jurídicos completos. Debe existir una relación jurídica mediada por la existencia de un derecho. No es un recurso objetivo en tanto que la maquinaria jurisdiccional que sana la actividad administrativa ilícita sólo se pone en marcha si esa acción administrativa causó agravio a perfectos derechos subjetivos volcados en la ley y porque el juez puede anular la decisión administrativa y pronunciarse imponiendo a la Administración demandada obligaciones de hacer que repercuten directamente en forma de beneficios sobre la esfera jurídico-privada del actor.

La depuración técnico-jurídica del recurso de plena jurisdicción, único cause a través del cual se tendría acceso a la justicia administrativa, culminó en Cuba en la segunda mitad del siglo XX, de la mano de la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de 1973 (en lo sucesivo LPCA). Los artículos 678, inciso a y 702, inciso b, se encargaron de fijar la extensión, alcance de la acción procesal en materia contencioso-administrativa, los pronunciamientos que debía contener la sentencia y sus efectos jurídicos.

2. La discrecionalidad administrativa y su exención del control jurisdiccional. Orígenes.

Pero en materia de la actividad administrativa impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa una de las limitaciones que goza de mayor atractivo científico es la exclusión de los actos dictados en ejercicio de la potestad discrecional atribuida a la Administración, límite al control de la legalidad que hoy - luego de dos siglos y un poco más- continua vigente en el orden

⁵⁰ **AGUIRRE DE TEJADA, M.**, "Artículos 120 y 121...", ob. cit. p. 401-402.

⁵¹ El término «recurso de plena jurisdicción» fue consagrado por **LAFERRIERE, E.**, en la primera edición de su *Traité de la juridiction administratif et des recours contentieux*, tome premier y tome second, Paris, 1887. **HAURIUO** describe el recurso de plena jurisdicción con las siguientes palabras: «Una decisión ejecutoria es también lo que origina este recurso, pero una vez interpuesto, abarca todos los elementos de una situación o de una operación de comercio jurídico, y el juez recaba de él todos los poderes de plena jurisdicción, cuyo principal efecto es permitirle establecer la compensación, mediante indemnizaciones, de los perjuicios que la Administración haya podido causar. Por lo demás, el recurso de plena jurisdicción, siempre que haya lugar a él, faculta al Consejo de Estado para anular las decisiones ejecutorias relativas al proceso». Véase en **HAURIUO, M.**, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, 1927, p. 150.

El recurso de plena jurisdicción también se conoce como contencioso ordinario para diferenciarlo del recurso de anulación o contencioso extraordinario (surgido con posterioridad), limitado éste último a la obtención de la nulidad del acto administrativo.

positivo cubano. La sustracción de los actos discrecionales del conocimiento del contencioso-administrativo se impuso por el citado artículo 120 de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 cuando al describir la materia enjuiciable suscribió a los «...agravios que se causen a los particulares en la aplicación de las leyes, ordenanzas y reglamentos administrativos,...»⁵²; interpretación en la que coincidieron **MORILLA** y **AGUIRRE DE TEJADA**. El primero con un afán descriptivo de la norma⁵³, el segundo desde la posición de brindar el basamento teórico que sustentaba a la regulación, a lo cual aduce que los derechos particulares no pueden frenar la actuación administrativa discrecional cuyo móvil es la satisfacción del interés común. Estos actos -a decir del autor- atienden «...al remedio de una necesidad mas ò ménos perentoria y no prescrita por sus disposiciones generales».

La exclusión de la actividad administrativa discrecional de la jurisdicción del contencioso obedeció a los cánones dogmáticos por los que discurría, no sólo las bases teóricas del contencioso-administrativo del siglo XIX, sino también a los presupuestos teórico-funcionales del régimen administrativo en su conjunto. La interpretación del principio de división de poderes que dio la Revolución francesa se dirigió a la conformación de un poder ejecutivo fuerte e independiente del poder judicial. Para lograr la independencia se esgrimió el conocido apotegma: *juger l'Administration c'est encoré administrer*, de manera tal que todos los asuntos relacionados con la administración pública y el ejercicio de su función debían ser conocidos y resueltos en el seno del poder ejecutivo. Parte considerable de la fortaleza, independencia y vigorosidad de la administración pública moderna se obtuvo sustrayendo del contencioso-administrativo el enjuiciamiento de la actividad administrativa dictada en virtud de potestades discrecionales⁵⁴.

Para el caso Cuba vale la pena recalcar que la recepción de esta pieza -una más del modelo- no vino sólo de la mano de una legislación dada por la «Madre Patria», sino que en el plano científico las estructuras y dogmas político-jurídicos fueron asimilados y reproducidos por la doctrina de la época cuya influencia llegó a «la perla de las Antillas». Para llevar al terreno de los hechos logrados los postulados político-jurídicos arriba mencionados, se necesitaba llevar esas ideas al plano de la articulación técnico-jurídica expresada a través de la construcción dogmática de categorías jurídicas. Ello se tradujo en un criterio de clasificación de los actos administrativos en reglados y discrecionales, y la consiguiente eliminación de los segundos de la jurisdicción administrativa. A su vez, la clasificación trae causa del criterio que distingue entre actos de autoridad y actos de gestión, que fuese creación de la doctrina francesa⁵⁵, y que fue acogida con casi unanimidad por los autores ibéricos. Son actos de autoridad a decir de **LAFERRIERE** aquellos en los que la Administración actúa con poder de mando y poder público; es cuando la Administración hace ejecutar las leyes, dicta las prescripciones secundarias destinadas a asegurar su aplicación, regula la marcha de los servicios públicos, interviene mediante prescripciones generales o individuales, de forma tal que es una actividad eminentemente discrecional⁵⁶. Los actos de gestión se definieron por decantación de los

⁵² **AGUIRRE DE TEJADA**, M., "Artículos 120 y 121...", ob. cit., p. 401.

⁵³ Acota este autor que respecto a «...las disposiciones, ya sean generales o particulares de la administración puramente gubernativas, dictadas en uso de la potestad reglamentaria y de la discrecional, solamente podrá reclamarse en la misma vía económica ante el Superior inmediato hasta llegar al Gobernador Superior Civil». Confróntese en **MORILLA**, J. M., *Tratado de...*, ob. cit., p. 159.

⁵⁴ La particular interpretación dada por los revolucionarios franceses al postulado de la división de poderes proporcionó -a contrario de lo que los postulados políticos que se enarbolaban en la época dirigidos a la instauración de un Estado abstencionista donde primara la libertad de los individuos, es decir, diametralmente opuestos a la exégesis del Antiguo Régimen- la construcción de una administración pública poderosa, actitud que ha sido gráficamente catalogada por **GARCÍA DE ENTERRÍA**, E., (*Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1998, p. 41 y ss.) como de «disidencia revolucionaria».

Para abundar en la recepción de este modelo por parte de España puede consultarse a **TOMÁS Y VALIENTE**, F., *Obras Completas II*, Madrid, 1997, p. 1531-1537. El autor expone cómo las técnicas administrativas francesas fueron asumidas por España durante la década de los años 30 del siglo XIX, movimiento encauzado a construir una Administración robusta, y llevado a cabo por personalidades políticas como **Javier DE BURGOS**.

⁵⁵ Consúltese a **HAURIUO**, M., *Obras Escogidas*, Madrid, 1976, p. 131, nota al pie 1. **HAURIUO** cita a un grupo de autores que sostienen tal diferenciación, así por todos: **DARESTE**, *La justice administrative en France*, 1862; **GAUTIER**, *Précis des matières administratives*, tomo II, 1880; **DUCCROCCQ**, *Cours de droit administratif*, tomo I, 1881; **LAFERRIERE**, *Traité de la juridiction administrative...*, ob. cit.; **HAURIUO**, *Précis de droit administratif*, 1897.

⁵⁶ Cita tomada de **HAURIUO**, M., *Obras Escogidas...*, ob. cit., p. 132.

anteriores, es decir, bajo un criterio negativo. Son aquellos en los que la Administración no ejercita poderes de imperio, sino que administra aplicando la norma a un supuesto de hecho particular, en ejercicio de potestades regladas⁵⁷. A esta doctrina parece aludir **AGUIRRE DE TEJADA** cuando explica la distinción entre actos de imperio y de aplicación. Los primeros proveen «...de una manera general a una necesidad o a un interés común...», los segundos son dictados en «...aplicación de alguna de las medidas generales resultado de los primeros a un asunto privado».

Pero junto a la construcción científica que transmutaba la actividad administrativa en diferentes tipologías, se añaden argumentos en torno a la especialidad de la función administrativa para imponer límites a la pervivencia de intereses privados y justificar una acción pública despojada de las trabas impuestas por los controles jurídicos y la regulación. Así, entre los caracteres que **GOVÍN Y TORRES** estatuye a la acción administrativa destaca su independencia, oportunidad, y libertad para la satisfacción de las necesidades públicas con prontitud y sin embarazo⁵⁸.

Con ayuda de esta construcción la discrecionalidad administrativa se excluyó del control jurisdiccional por entenderse que era un poder de la Administración que se ejercía fuera de los marcos del Derecho. La potestad discrecional actuaba en espacios carentes de regulación, continuaba siendo un poder que se ejercía a extramuros del ordenamiento jurídico, un poder en parte no juridificado. Ello se comprende mejor si tomamos en cuenta que bajo la forma de gobierno monárquica en la que se hallaba la tierra antillana, revisar la actividad del poder ejecutivo, que no se encontraba mediada o limitada por la presencia de derechos privados, resultaba incompatible con que esa misma conducta fuese expresión del poder del monarca para decidir sobre los designios administrativos del reino con plena libertad, donde su voz expresaba la voluntad general.

La exclusión de la actividad administrativa discrecional del control judicial de la administración pública es una cláusula que pervive en el orden positivo cubano, según habíamos adelantado ya. Para la Ciencia Jurídica cubana, y en especial, para el Derecho público sigue presente la tarea de examinar la pertinencia o no de esa cláusula legal de exclusión; tarea que consideramos debe enfrentarse, en parte, tomando en consideración las circunstancias históricas en que surgió, y los fundamentos teóricos con los cuales se justificó en un período dado este dogma de la justicia administrativa. Es que dominando el contexto histórico, político y jurídico en que se construyó, adjuntándole el escenario cubano en que se implantó, y conociendo su devenir, se tendrán algunas de las herramientas fundamentales para poner en tela de juicio

⁵⁷ Rondando el año 1881, **GALLOSTRA** se afiliaba a esa clasificación de la actividad administrativa y hacía uso de ella para definir la materia contencioso-administrativa. El autor reproduce un fragmento de dictamen emitido por el Consejo de Estado español en el que el órgano acoge la distinción entre acto de mando, sometido a la potestad discrecional de la Administración, a su libre facultad, y actos previamente regulados por la ley, que restringen la libertad de acción administrativa. Hace suyo los postulados esgrimidos por el Consejo de Estado, y en virtud de ellos establece las fronteras de la materia contencioso-administrativa, tomando como criterio de decantación el par de categorías: actos de mando y actos de administración, a las que corresponde entonces, respectivamente, la de actos reglados y actos discrecionales. Véase en **GALLOSTRA Y FRAU, J.**, *Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit., p. 9-11, y p. 126.

La distinción fue acogida por **DE PASO Y DELGADO, N.**, (*Exposición histórico exegetica...*, ob. cit. p. 9) cuando al referirse al poder ejecutivo plantea que la actividad que desempeña puede diferenciarse en «...la de gobierno y la de gestión, de las cuales aquélla es directiva por su propia naturaleza y esencialmente discrecional; y ésta, o sea, la función administrativa, es por su propia índole, reglada o sujeta a los cánones legislativos...». También se advierte en la obra de **CABALLERO MONTES, J. M.**, (*Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit., p. 5) cuando recurre a la clasificación de actos de autoridad y actos de gestión como criterio para determinar la actividad administrativa que no iba al contencioso. «Es necesario tener en cuenta -apunta este autor-, que no siempre obra el Gobierno con la misma representación. En ciertos casos, cuando dicta los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, y en general, cuando ejecuta actos de Gobierno, utiliza plenamente su autoridad sin más limitación que las que pueda producir la responsabilidad que las Cortes exijan; en otros, cuando aplica las leyes a los hechos, cuando resuelve casos concretos en méritos de lo que establecen las leyes o disposiciones reglamentarias, cuando tiene que someterse a reglas establecidas con anterioridad, cuando, en fin, no manda y sí administra, según expresión de tratadistas distinguidos, es distinta su situación, distinto el concepto de sus resoluciones y muy distinto el camino que para neutralizarlas habrán de seguir aquellos a quienes perjudiquen». Similar posición es adoptada por **ALFARO Y LAFUENTE, S.**, *Tratado...*, ob. cit., p. 14, y años más tarde, en 1881 mantiene este último autor igual posición, véase en **ALFARO Y LAFUENTE, S.**, *Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit., p. 61.

⁵⁸ Véase en **GOVÍN Y TORRES, A.**, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, tomo I, Habana, 1882-1954, p. 12.

la procedencia de mantener o desechar la exoneración de control de legalidad de la que disfruta el grueso de la acción pública cubana. La exclusión de la actividad discrecional de la jurisdicción contencioso-administrativa es un postulado que pertenece a una concepción de la administración pública propia de un momento histórico determinado, el del Estado liberal del siglo XIX, ya rebasado, y que no se aviene a las necesidades de la sociedad cubana del presente siglo, ni a las del propio Estado cubano, que reclama, cada día más, de mecanismos eficientes de control sobre el aparato administrativo y sobre la gestión pública en general.

III. LOS REALES DECRETOS DE 4 DE JULIO DE 1861: DE 13 DE JULIO DE 1861 A 26 DE DICIEMBRE DE 1888.

La vía de control sobre los actos de la Administración, tal y como fue concebida por la Real Cédula de 30 de enero de 1855, mantuvo su vigencia hasta el año 1861, en que por Reales Decretos de 4 de julio operó la constitución, organización y ordenación procedimental de la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora no en el seno del Real Acuerdo⁵⁹, sino de un nuevo órgano creado para ejercer funciones de asesoramiento al Gobernador Civil y para funcionar como tribunal de lo contencioso-administrativo en los asuntos de esa índole: el Consejo de Administración. Constituida su sede en la capital de la provincia ultramarina, su creación resultó una de las medidas del Gobierno de España -con una tardanza de 15 años como puntualiza **TOMÁS Y VALIENTE**⁶⁰- dirigida a asimilar las instituciones peninsulares a la organización administrativa de los territorios ultramarinos. Los Consejos de Administración implantados en las provincias de Ultramar se inspiraron en el modelo de justicia contencioso-administrativa elegido para regir los pleitos administrativos por y en la metrópolis española a partir de 1845, que se estructuraba en el seno de órganos pertenecientes al aparato administrativo, constituido en la base por Consejos en cada una de las provincias peninsulares y en el nivel nacional por un Consejo Real que fungía como órgano asesor del Gobierno.

El Consejo de Administración en Cuba era presidido por el Gobernador civil general, e integrado por tres secciones: «de lo Contencioso», «de Hacienda» y «de Gobierno»; sería la primera la encargada de llevar la jurisdicción de esta materia bajo la presidencia del regente de la Audiencia⁶¹. Al Consejo de Administración se le atribuyó jurisdicción delegada; ante sus sentencias cabía recurso de apelación, del que conocía el Consejo de Estado de la península con jurisdicción retenida.

⁵⁹ Se dictaron cuatro Reales Decretos. El primero de los Reales Decretos de 4 de julio de 1861 encargado de regular la organización y atribuciones de las Audiencias de Ultramar, privó al Real Acuerdo del conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos. La constitución de las Audiencias en Acuerdo continuó para las materias ordinarias (civil y penal) bajo los dictados de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 que, en todo caso, sufrió una derogación parcial en lo que respecta a la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa. Dispuso que la presidencia del Real Acuerdo pasaba a ser de los regentes, de modo que eximió del cargo al Gobernador. El segundo creó los Consejos de Administración, el tercero contiene el reglamento de procedimiento de los negocios contencioso-administrativos, y el cuarto las competencias de jurisdicción. Los Reales Decretos se publicaron en la *Gaceta de Madrid*, de 13 de julio de 1861.

⁶⁰ Véase en **TOMÁS Y VALIENTE**, F., "Consejo de Estado: Fondos de Ultramar (1835-1903)", ob. cit., p. 4389.

⁶¹ La exposición de motivos de los Reales Decretos de 4 de julio de 1861 expresaba que el objetivo de constituir los Consejos de Administración en los territorios de Ultramar era asimilar la organización política-administrativa de sus territorios trasatlánticos a la de la Metrópolis. A decir de **DE PASO Y DELGADO** (*Exposición histórico-exegética...*, ob. cit., p. 263) había «...llegado el momento de realizar sin menoscabo de la sociedad, en el gobierno superior de cada isla, una asimilación en el orden administrativo tan completa como sus condiciones particulares lo consintiesen». El Consejo de Administración estaba compuesto por un presidente que era el Gobernador superior civil y por Consejeros natos y de real nombramiento. Eran Consejeros natos el Gobernador Superior Civil, el Arzobispo Metropolitano, el Obispo de La Habana, el Comandante general del Apostadero, el Regente de la Real Audiencia, el Intendente general de Ejército y Hacienda, el Fiscal de la Real Audiencia, el Presidente del Tribunal de Cuentas. La sección de lo Contencioso se integraba por seis Consejeros de los cuales cuatro debían ser letrados y todos eran de nombramiento regio. Posteriormente, por Real Decreto de 30 de abril de 1877 la sección de lo Contencioso de la Isla de Cuba estaría presidida por el Presidente de la Audiencia de La Habana y compuesta por cuatro Consejeros, dos de los cuales debían ser letrados. Para mayor información sobre la integración del Consejo de Administración y las atribuciones de sus miembros puede consultarse en: **DÍAZ UFANO Y NEGRILLO**, J., *Tratado teórico-práctico...*, ob. cit. p. 29 y ss.; **MORENO**, F., *La Administración. Sus procedimientos...*, ob. cit., p. 329-330 y 354-355; y **ALONSO ROMERO**, M. P., *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes...*, ob. cit., p. 354 y ss. En el texto de **MORENO**, F., también puede consultarse el texto íntegro de los Reales Decretos de 4 de julio de 1861, de la p. 325 a 355.

Amén de la modificación orgánica que operó para la justicia administrativa, los Reales Decretos no introdujeron cambios en los presupuestos de acceso a la jurisdicción. La nueva normativa siguió el mismo sistema que la Real Cédula de 30 de enero de 1855, impuso un modelo de acceso por vía de cláusula general y un listado ejemplificativo de asuntos concretos que constituían materia contencioso-administrativa⁶². El artículo 26 del Real Decreto de 4 de julio de 1861, que regulaba la constitución y organización de los Consejos de Administración, dispuso: *La persona que se considere agraviada en sus derechos por alguna resolución del Gobernador Superior Civil o de las Autoridades superiores administrativas que cause estado, podrá reclamar contra ella en la vía contenciosa en la manera y forma prevenida en el Reglamento de procedimientos para los negocios contenciosos de la Administración de las provincias de Ultramar*⁶³.

Puede advertirse de la lectura del precepto que los presupuestos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa no sufrieron cambios sustanciales, sino que preservaron los esquemas otrora implantados y ya consolidados en el Derecho público español⁶⁴. «Es lo contencioso-administrativo -para **DÍAZ UFANO Y NEGRILLO**- una garantía concedida al individuo para que se defienda de los actos de la administración cuando moviéndose esta en la esfera que marcan las leyes y reglamentos ofende un derecho privado preexistente;...». Para comprender en qué casos proceden éstas cuestiones -advierte el mismo autor- «...es necesario fijarse en la diferente naturaleza del acto reclamado, y si se imputa al poder administrativo haber perjudicado intereses o derechos»⁶⁵. Una cita extensa de este autor es ilustrativa de las

⁶² Confróntese en **ALFARO Y LAFUENTE, S.**, *Tratado...*, ob. cit., p. 504.

⁶³ A continuación el artículo 27 establece una relación de materias que pueden conocerse por la jurisdicción contencioso-administrativa. Dice el precepto: *La sección de lo Contencioso constituida en Tribunal, conocerá de los asuntos de la Administración que tengan aquel carácter, y señaladamente en los que sigue: 1º Sobre la desigualdad de los repartimientos individuales de toda clase de atribuciones. 2º Sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión, y efecto de los contratos y remates celebrados con la Administración en todos los ramos del Estado para cualquiera especie de servicio ú obra pública. 3º Sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de obras públicas, así como por la infracción de los trámites de la ley o reglamento en las expropiaciones. 4º Sobre la inobservancia de las formalidades prescritas por la ley o por el reglamento acerca de los establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres. 5º Sobre el deslinde, amojonamiento y posesión de los montes y terrenos pertenecientes al Estado o a los pueblos o establecimientos públicos, sin perjuicio de que las cuestiones de propiedad hayan de ventilarse en los Tribunales. 6º Sobre los negocios de minas en los casos previstos por la ley. 7º Sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos o incidentes de los arrendamientos, ventas y mercedes de los bienes del Estado, cuando en estos dos últimos casos se trate del acto primitivo de adquisición y salvo el pleito de propiedad. 8º Sobre la aplicación de las ordenanzas o Reglamentos generales de policía de aguas, caminos, ferrocarriles, montes y demás objetos de policía urbana o rural y también sobre su parte penal mientras el hecho no constituya delito. 9º Sobre la caducidad de concesiones de privilegios industriales, y sobre la revocación de licencias otorgadas por las Autoridades para la construcción de obras, fábricas y artefactos.*

GALLOSTRA encuentra el antecedente del artículo 26 del Real Decreto de 4 de julio de 1861 en la Ley de 17 de agosto de 1860, en virtud de la cual se reorganiza en Consejo Real pasando a denominarse Consejo de Estado. El artículo 56 de aquella Ley de 17 de agosto de 1860 estableció: *El que se sintiere agraviado en sus derechos por alguna resolución del Gobierno o de las Direcciones generales, que cause estado, podrá reclamar contra ella en la vía contenciosa, proponiendo su demanda ante el Consejo de Estado.* Confróntese en **GALLOSTRA Y FRAU, J.**, *Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit., p. 130-131.

⁶⁴ En 1886 (en pleno vigor los Reales Decretos de 4 de julio de 1861) **DÍAZ UFANO Y NEGRILLO** se muestra partidario del modelo administrativo para el contencioso-administrativo implantado en España y llevado a tierras ultramarinas. Divide a la Administración en Administración activa y contenciosa. La primera encargada de dictar los actos de imperio, la segunda dirigida a dirimir los conflictos con los administrados a razón del quebrantamiento por parte de la Administración de los derechos individuales. La discrecionalidad administrativa vemos que continúa considerándose como acción no vinculada al Derecho por procurar la satisfacción de intereses generales. «Aunque las funciones que desempeña la administración son siempre salvadoras de la sociedad, porque todas van encaminadas a proporcionar el bien público, se diferencian, sin embargo, según las necesidades a que provee; pues unas veces exigen estas que solo procure intereses generales y colectivos, prescindiendo completamente de los derechos individuales, y otras veces está obligada a respetarlos, dándoles todas las garantías necesarias para su defensa».

«En el primer caso se realiza lo que se llama administración activa, cuyos actos son siempre imperativos, ejerciendo una autoridad discrecional que no puede ser combatida ni interrumpida en su marcha, porque esto crearía gravísimos inconvenientes a los servicios públicos; ni puede tener más límite que el que la prudencia y la ciencia de gobernar aconsejan, o la responsabilidad que en general contraen los agentes de la administración. En el segundo caso, toma la administración el nombre de contenciosa, y en vez de actos de mando, ejerce otros de jurisdicción, viéndose precisada a oír y resolver sobre los derechos que se creen lastimados por los actos de su autoridad». Véase en **DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, J.**, *Tratado teórico-práctico...*, ob. cit., p. 7. **ALFARO Y LAFUENTE, S.**, (*Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit.) reproduce los dogmas sentados sobre la naturaleza de lo contencioso-administrativo y las circunstancias que deben cumplirse para la revisión de los actos administrativos.

⁶⁵ **DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, J.**, *Tratado teórico-práctico...*, ob. cit. p. 58.

condiciones de acceso a la justicia administrativa en esos años. Por ser concluyente sobre el sustrato teórico de sobre el que se erigía la normativa vigente nos animamos a reproducirla: «...la administración, siguiendo en su marcha la vida de la sociedad y encargada en proveer a todas sus necesidades, no obra siempre del mismo modo, teniendo en unos casos su acción completamente libre y sujetándose en otros a ciertas reglas de antemano establecidas. O crea el derecho dictando decretos y formando ordenanzas y reglamentos, o le obedece aplicando la ley, bien directamente o por medio de los reglamentos que forma, y de este doble carácter nacen dos clases de autoridad: la una libre, discrecional y de puro mando, la otra que puede llamarse de aplicación o reglamentada».

«Cuando la administración obra en el primer carácter no puede haber contencioso-administrativo siquiera sean derechos los que se invoquen, porque el Gobierno hace entónces oficio de legislador y crea o constituye el derecho sujetando a él el de los particulares; pero cuando obra en el segundo concepto, cuando la Administración está reglamentada y el particular dice que ha faltado a la ley o reglamento que la norma, es necesario saber si ha ofendido intereses o lastimado derechos. En el primer caso tampoco tiene lugar lo contencioso-administrativo, pues la administración en uso de su poder discrecional puede subordinar el interés particular al común y colectivo, verificándose solo la controversia cuando ha vulnerado un derecho preexistente, perfecto y absoluto, de aquellos que la administración está obligada a respetar; porque en la respetabilidad de los derechos privados se funda el bienestar general»⁶⁶.

La creación para Ultramar de los Consejos de Administración significó colocar una pieza en la obra en construcción que era la jurisdicción contencioso-administrativa. La reorganización de esta jurisdicción a partir de órganos administrativos no era sino una medida dirigida a la articulación del postulado de la separación de poderes, y por ende, a depurar la delimitación de funciones entre los distintos poderes del Estado, bajo el cuño interpretativo dado en su momento por Francia, y que en estos años España daba a sus territorios trasatlánticos. La opción por un modelo administrativo para la solución de controversias con la Administración constituyó una pieza esencial en el logro de un objetivo mayor, que desde décadas anteriores -y de signo diametralmente opuesto al esquema de relaciones entre la Administración y el cuerpo de Tribunales instaurado por la Constitución española de 1912- venía gestándose para España. La huida de la jurisdicción ordinaria por parte de la Administración, la creación de un espacio jurisdiccional propio, recreado con un sistema de privilegios jurisdiccionales, son el fin último que perseguía la burguesía española en el poder. La estructuración orgánica del nuevo espacio jurisdiccional, que huía de la justicia ordinaria y se acomodaba en el seno de la propia Administración, es un eslabón más, esencial sin duda alguna, en la creación del fuero administrativo especial. Junto a ella la prohibición de interdictos contra las actuaciones realizadas por la Administración, el privilegio de inembargabilidad de bienes públicos, y la implantación de la reclamación gubernativa previa son algunos de los engranajes que **SANTAMARÍA PASTOR** identifica como piezas claves en la construcción de la jurisdicción contencioso-administrativa, entendida como un ámbito exento de inmisión por el poder judicial, y de privilegios jurisdiccionales en manos de la Administración⁶⁷.

El contencioso-administrativo es -si damos una mirada en retrospectiva histórica- una catedral. Cada piedra puesta para su construcción tiene su espacio, su sitio, su papel en busca de la solidez del edificio. Una de esas tantas piezas son los presupuestos de acceso a la jurisdicción, de los que se puede decir fueron un tópico en el que existía un consenso bastante generalizado en la doctrina española; habría que esperar a la entrada del siglo XX para acudir a una puesta en revisión -como quien reforma otra de las piezas esenciales de la catedral- de las condiciones de acceso a la justiciabilidad de la acción administrativa⁶⁸.

⁶⁶ **DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, J.**, *Tratado teórico-práctico...*, ob. cit. p. 58-59.

⁶⁷ La conclusión es sostenida por el autor en el excelente trabajo sobre el Derecho administrativo español entre los años 1812-1845. Véase a **SANTAMARÍA PASTOR, J. A.**, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español...*, ob. cit., p. 165 y ss.

⁶⁸ A diferencia de lo que ocurría en Francia. En la segunda mitad del siglo XIX la doctrina de este país condujo la atención hacia el recurso de anulación, produciéndose un rico debate en torno a las nuevas categorías construidas por el *Conseil d'Etat*. Las miradas de los especialistas se concentraron en ordenar la teoría de los recursos contencioso-administrativos: establecer la naturaleza del recurso de plena jurisdicción, diferenciarlo del recurso objetivo de anulación, delimitar las fronteras entre

IV. LA LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1888: DE 27 DE DICIEMBRE DE 1888 A 3 DE ENERO DE 1974.

1. Panorama general de la Ley: avatares y desasosiegos.

Los Reales Decretos de 4 de julio de 1861 rigieron en la Isla hasta la promulgación de la LCA⁶⁹, norma que se hizo extensiva a los territorios de Ultramar por medio del Real Decreto de 23 de noviembre de 1888⁷⁰, y que fue mandada a cumplir el 27 de diciembre siguiente. El Reglamento de la Ley, de 29 de diciembre de 1890, se mandó a publicar en Cuba por la Real Orden de 4 de julio de 1891 y se acordó su cumplimiento el día 25 del propio mes. A partir de ese momento se inicia el reinado en suelo antillano de una Ley nacida en el período

el derecho preestablecido y los intereses, fueron los núcleos del debate y los esfuerzos de la doctrina de la época. Un análisis sobre las posiciones doctrinales en este tema puede encontrarse en **HAURIU, M.**, *Obras escogidas...*, ob. cit., p. 157 y ss.

En el caso del Derecho público español, dar una ojeada por el grupo de normas dictadas para trasladar la jurisdicción contencioso-administrativa al seno del poder judicial o devolverla a sede administrativa es buen ejercicio para percibir el tormento a que se vio sometida la institución, y las controversias que imprimió en las corrientes políticas de la época. Las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 instauraron un modelo administrativo para el contencioso-administrativo que miraba al implantado por Francia. Este sistema estuvo vigente hasta que en 1854, en que a raíz de un movimiento revolucionario se suprimen los Consejos Provinciales y el Consejo Real y en su lugar los asuntos que conocían los Consejos Provinciales pasaron a las Diputaciones Provinciales, y en sustitución del Consejo Real se creó un Tribunal de lo contencioso-administrativo integrado por un Presidente, seis Vocales y un Fiscal, elegidos entre los funcionarios públicos activos y cesantes. Modificaciones que fueron introducidas por dos Reales Decretos de 7 de agosto de 1854. A solo dos años después, en 1856 se cierra el paréntesis judicialista. Por Real Decreto de 16 de octubre de 1856 se restituyó el modelo creado en 1845, aunque con algunas modificaciones que no afectaron la esencia administrativa del sistema de justicia. En 1868, al calor de un nuevo cambio político de corte liberal, se trasladó la jurisdicción contenciosa a sede de los Tribunales ordinarios, conociendo de estos asuntos salas especiales del Tribunal Supremo, en reemplazo del Consejo de Estado (nombre que había adquirido por Real Decreto de 14 de julio de 1858 y que pasó a ser definitivo por medio de la Ley de 17 de agosto de 1860), y de las Audiencias Provinciales en sustitución de los Consejos Provinciales. La Restauración política vendría en 1875. Por medio del Decreto Ley de 20 de enero de 1875 se restablecía la jurisdicción contencioso-administrativa a las condiciones que existían antes de la reforma de 1868. Se devolvió la jurisdicción contenciosa a la sección contenciosa del Consejo de Estado, y en lugar de los Consejos Provinciales, se crean las Comisiones provinciales -herederas de aquellos anteriores Consejos-. Esta situación se mantuvo hasta la Ley de 13 de septiembre de 1888 en que se alcanza la creación de un modelo mixto o armónico de justicia administrativa. Ahora bien, las transformaciones orgánicas del contencioso que sucedieron en España trascendieron a los territorios ultramarinos donde llegaban los ecos de las ideas políticas y de las revoluciones que se producían en la metrópolis. Los cambios producidos al calor de la revolución de 1868 tendrían sus consecuencias para Ultramar. Por medio de los Decretos de 7 de febrero, 6 de abril y 2 de junio de 1869 se suprimieron los Consejos de la Administración y se trasladó la jurisdicción contencioso-administrativa hacia los órganos judiciales. Le correspondió a las Audiencias el conocimiento de los asuntos de esta naturaleza. Con el restablecimiento de la Monarquía en 1874, en 1875 en virtud del Decreto de 19 de marzo se declaró derogado el de 7 de febrero de 1869, restableciéndose la normativa vigente al respecto antes del cambio político de 1868. Por ende, la jurisdicción contencioso-administrativa pasó nuevamente de las Audiencias territoriales a los también restablecidos Consejos de Administración, que continuaron regulados entonces por los Reales Decretos de 4 de julio de 1861, con las modificaciones introducidas por el Decreto de 19 de marzo de 1875. El modelo administrativo de justicia imperó en Cuba hasta que fue extendida la aplicación de la Ley de 13 de septiembre de 1888.

Revisar los manuales que se publicaron en la época es suficiente para percatarse del espacio que le dedicaban los autores en materia del contencioso-administrativo a su parte orgánica, mientras que el debate sobre las condiciones que debía cumplir la actividad administrativa para poder ser objeto de impugnación no ofrecía ámbito para tan enconadas polémicas como las que sucedieron en el tema orgánico. Los autores dedicaban espacio a explicar tales requisitos, a brindar una definición de lo que entendían por el contencioso-administrativo, y algunos llegan a aportar fundamentos teóricos para la justificar tales presupuestos de acceso, pero no adquiere -a nivel general- la exposición de esta parte sustantiva del contencioso-administrativo ribetes de conflictividad teórica o puntos de desacuerdos radicales entre los autores españoles. Las polémicas se sitúan, mayormente, en el modelo de justicia administrativa al cual se acogen y no en la procedencia del recurso de plena jurisdicción como única alternativa de acción procesal o en un replanteamiento sobre la discrecionalidad administrativa o el control de la potestad reglamentaria. Para todo ello pueden consultarse a: **POSADA HERRERA, J.**, *Lecciones de Administración*, tomo I, Madrid, 1978; **ALFARO Y LAFUENTE, S.**, *Tratado...*, ob. cit.; **GALLOSTRA Y FRAU, J.**, *Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit.; **DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, J.**, *Tratado teórico-práctico...*, ob. cit.; **ALFARO Y LAFUENTE, S.**, *Lo contencioso-administrativo...*, ob. cit.; **SANTAMARÍA DE PAREDES, V.**, *Curso de Derecho Administrativo según principios generales y legislación actual de España*, Madrid, 1888 (y su edición posterior en 1910). Una visión contemporánea en **SANTAMARÍA PASTOR, J. A.**, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español...*, ob. cit.

⁶⁹ Fue publicada al día siguiente en la *Gaceta de Madrid*. El texto íntegro puede consultarse en **MARTÍN REBOLLO, L.**, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1975, p. 455-480.

⁷⁰ El texto del Real Decreto de 23 de noviembre de 1888 puede consultarse en: *Real Decreto-Ley aplicando a las provincias de Ultramar la Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1888.

decimonónico español, cuya vigencia se extendería hasta los primeros años de la década del 70 del pasado siglo XX.

La Disposición Transitoria quinta de la LCA establecía la aplicación del texto legal a las provincias de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, con las modificaciones necesarias dadas por la especial organización de estas tierras, que serían llevadas a cabo por el Gobierno.

La LCA -conocida como Ley de **SANTAMARÍA DE PAREDES** por atribuírsele a Vicente **SANTAMARÍA DE PAREDES** la autoría del texto, debido a que fuese él quien defendiera el proyecto de Ley ante el Congreso español⁷¹- es uno de los hitos normativos del Derecho público cubano en general, y de la justicia administrativa en particular⁷². Acercarse al estudio de la LCA, aun desde los concisos marcos y objetivos en los que se desenvuelve este trabajo, significa efectuar un alto en el camino de la historia del contencioso-administrativo en Cuba debido al papel que desempeñó durante el tiempo que rigió en la Isla (aproximadamente 84 años), y a las consecuencias que con posterioridad a su derogación, y aún hoy, continúan repercutiendo para el Derecho administrativo cubano. La LCA constituye la base legal sobre la cual el legislador del Gobierno revolucionario confeccionó el proceso administrativo en 1973, y que cuatro años más tarde pasaría, con algunas modificaciones no sustanciales de carácter orgánico, a la vigente regulación del contencioso⁷³.

Conocido es que la LCA vino a mediar entre las tendencias políticas españolas en torno a lo que continuaba siendo el eje central de polémica del contencioso-administrativo: su organización en sede judicial o en el seno de una estructura administrativa. Con claridad y franqueza, el expositor del proyecto en el discurso de defensa ante el Congreso reconoce que a la Comisión encargada de la redacción del proyecto no le había inspirado otro móvil que el de llegar a producir una solución de concordia, no ya en el seno de la Comisión, sino en el

⁷¹ **MARTÍN REBOLLO** y **TOMÁS Y VALIENTE** no han dejado pasar por alto el hecho de que la LCA es mal llamada Ley de **SANTAMARÍA DE PAREDES**, pues si bien fue ese congresista quien ofreciera en discurso ante el Congreso español en defensa del proyecto de Ley creado por la Comisión que también él presidía, el resultado final aprobado fue una organización del contencioso-administrativo distinta a la que **SANTAMARÍA DE PAREDES** propuso. La creación de un Tribunal de lo contencioso integrado en el Consejo de Estado fue el esquema que finalmente se aprobó, lo cual defiere de la propuesta formulada por la Comisión de un Tribunal superior de lo contencioso-administrativo (con igual rango y categoría que el Tribunal Supremo y que el Consejo de Estado) que no perteneciera ni a lo judicial ni al poder ejecutivo, integrado por magistrados inamovibles que mitad por mitad tuviesen unos las condiciones para ser nombrados magistrados del Tribunal Supremo y los otros para ser nombrados consejeros del Consejo de Estado. Confróntese en **MARTÍN REBOLLO**, L., *El proceso...*, ob. cit., p. 297 y ss.; y en **TOMÁS Y VALIENTE**, F., "Consejo de Estado: Fondos de Ultramar (1835-1903)", ob. cit., p. 4380.

⁷² Deviene interesante traer a colación algunos testimonios que informan sobre la trascendencia y la connotación que tuvo en España la LCA. Las circunstancias históricas y políticas dadas al momento de elaboración y discusión del proyecto de ley de lo contencioso, son algunos de los aspectos que **MARTÍN REBOLLO** analiza con una visión en retrospectiva. La importancia y el contexto en que se debatió el proyecto de LCA fueron circunstancias particulares en la historia de España. Anunciado el proyecto durante el Gobierno liberal de don Práxedes Mateo **DE SAGASTA**, los debates en el Congreso se llevaron a cabo en pleno inicio de la Restauración, y como parte de un movimiento codificador (25 Leyes en total fueron discutidas ante el Congreso español por aquellos días) inmerso en la tarea de conformar un nuevo orden político y jurídico para el país. La trascendencia de la LCA es puesta de relieve por **MARTÍN REBOLLO**, para quien la discusión de la Ley «...implicaba resolver cuestiones de principio, cuestiones doctrinales opuestas, de las que, en líneas generales, eran respectivamente abanderados los dos partidos políticos turnantes: el conservador y el partido liberal. La discusión de la ley fue, por consiguiente, en buena medida, una discusión política, una discusión de principios, en la que se ventilaban dos concepciones distintas de articular el sistema jurisdiccional. El tema, la discusión, no era baladí, porque, en este caso, de la forma que se adoptara dependería, como más adelante veremos, la mayor o menor salvaguarda de los derechos individuales, así como la posibilidad efectiva de limitar o no la actividad administrativa del Estado. La discusión, pues, así planteada, era de una importancia primordial, tenía una sustantividad tal, que, aunque oscura y minoritaria, la controversia se podía convertir en uno de los debates políticos de mayor trascendencia real para la médula del Estado, para el régimen político que estaba echando a andar en la problemática España de fines del XIX.» Véase en **MARTÍN REBOLLO**, L., *El proceso...*, ob. cit., p. 47. Sobre los cambios que introdujo la LCA, así como una valoración general de ellos puede consultarse a **GARCÍA DE ENTERRÍA**, E., y **FERNÁNDEZ**, T., R., *Curso de Derecho Administrativo*. II, Navarra, 2011, p. 582-585.

⁷³ Las consecuencias del reinado de la LCA son aun latentes para el Derecho Público cubano. Sobre la base de la LCA se creó el cuerpo normativo que hoy contiene el proceso administrativo, en la que no solo se mantiene fiel a la LCA lo que atañe a la configuración del recurso de plena jurisdicción, sino también en la adopción de una concepción subjetiva de la administración pública, en el régimen cautelar, en el régimen de ejecución de sentencias, en la concepción del contencioso revisor como proceso al acto administrativo, en la exclusión en bloque de los actos políticos o de gobierno y en los dictados en materia de orden público. Cada una de estos tópicos del proceso administrativo están regulados a imagen y semejanza de la LCA.

seno de todos los partidos españoles⁷⁴. Como modelo armónico o de concordia que pretendió conciliar las posiciones políticas en la arena de la organización de la justicia administrativa, se estableció un Tribunal de lo contencioso-administrativo integrado en el Consejo de Estado, y Tribunales provinciales de lo contencioso-administrativo como primera instancia jurisdiccional (artículos 8 y 11 de la LCA). Los Tribunales provinciales estarían formados por el presidente de la audiencia territorial, dos magistrados de la Sala de lo Civil en las capitales de provincia y dos diputados provinciales letrados elegidos por sorteo anual (artículo 15 de la LCA). El Tribunal de lo contencioso perteneciente al Consejo de Estado se integraba por 11 ministros consejeros de Estado, todos letrados, de los cuales uno sería el presidente del Tribunal, y un vicepresidente que puede ser consejero de Estado o magistrado del Tribunal Supremo (artículo 12 y 13 de la LCA). Los Tribunales provinciales conocerán en primera instancia de las demandas impugnatorias de resoluciones emanadas de las autoridades provinciales y municipales (artículo 11 de la LCA), mientras que el Tribunal de lo contencioso-administrativo actuará como instancia de apelación de los recursos que se produzcan contra las decisiones de los Tribunales provinciales, y como única instancia en las demandas contra resoluciones dictadas por la Administración central (artículo 10 de la LCA).

Para las tierras de Ultramar se establecieron Tribunales locales en cada una de las capitales. El Real Decreto de 23 de noviembre de 1888 dispuso la creación de un Tribunal local de lo contencioso-administrativo (para aquellos tiempos Cuba se dividía en 6 provincias, no obstante se constituyó un único Tribunal local) presidido por el presidente de la Audiencia territorial e integrado por tres magistrados de la misma y otros tantos magistrados consejeros de Administración, todos letrados⁷⁵.

Reconocido es el afán codificador que impulsó la creación de una nueva ley de lo contencioso-administrativo en España. El propio **SANTAMARÍA DE PAREDES** lo dejaba sentado a inicios de su discurso cuando hacía notar que las anteriores leyes sobre esta jurisdicción no contenían una regulación general sobre la materia contencioso-administrativa; la obra de la Comisión fue dirigida a sentar de una manera general y clara los principios cardinales que determinasen la naturaleza del contencioso, «...de tal modo que bastase leer los artículos de la ley para que todo el mundo supiese a qué atenerse respecto al contencioso». Los primeros preceptos de la LCA de ello se encargaron. Frente a la situación de dispersión que imperaba en la legislación española sobre los asuntos que iban al contencioso-administrativo, la LCA estableció en una cláusula general los requisitos que debía cumplir la resolución administrativa para poder ser impugnada ante esa jurisdicción.

Lo que significó un acontecimiento nuevo para el ordenamiento jurídico español, fue para el caso de la Isla de Cuba una situación de continuidad normativa con respecto a la legislación anterior, tanto en el sistema acogido como en las condiciones que se le exigía a la actividad administrativa para su revisión. De esta forma el artículo 1 de la LCA establece: *“El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración o por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los siguientes requisitos: 1º Que causen estado. 2º Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas. 3º Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo.* A continuación el artículo 2 se dedica a explicar las tres condiciones que deben cumplir los actos administrativos contemplados por el precepto primero: *Para los efectos del artículo anterior, se entenderá que causan estado las resoluciones de la Administración cuando no sean susceptibles de recurso por la vía gubernativa, ya sean definitivas, ya de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquélla o hagan imposible su continuación. Se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas, cuando deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo. Se entenderá establecido el derecho a*

⁷⁴ Véase en el Discurso de **SANTAMARÍA DE PAREDES** ante el Congreso en **MARTÍN REBOLLO**, L., *El proceso...*, ob. cit., p. 515. Consúltese también al respecto a **MARTÍN-RETORTILLO**, L., “Unidad de jurisdicción para la Administración Pública”, ob. cit., p. 162; y a **MARTÍN REBOLLO**, L., *El proceso...*, ob. cit., p. 52-53.

⁷⁵ Véase en **ALONSO ROMERO**, M. P., “La jurisdicción contencioso-administrativa en España...”, ob. cit., p. 366-367.

*favor del recurrente, cuando la disposición que repute infringida le reconozca ese derecho individualmente, o a personas que se hallen en el mismo caso en que él se encuentre*⁷⁶.

Es fácil advertir la similitud del precepto respecto a sus dos antecesores. La apuesta por el recurso de plena jurisdicción sigue siendo la única alternativa de acceso a la justicia administrativa, y por ende, la puerta de entrada hacia el control jurídico de la administración pública. Salvo aspectos que señalaremos a continuación, la cláusula general de acceso no sufre cambios sustanciales, de forma tal que el contenido del contencioso-administrativo sigue discurriendo por los carriles ya conocidos en Cuba desde mediados del propio siglo XIX⁷⁷.

La LCA introduce algunas novedades que tienden a ampliar el campo de acción del recurso de plena jurisdicción. Amplía el alcance de la cláusula general al permitir la impugnación directa de las resoluciones de trámite -y no sólo de las definitivas- siempre que se hallasen en los supuestos previstos por el artículo 2, es decir, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquélla o hagan imposible su continuación. El título jurídico que puede prescribir derechos a favor del particular demandante no son sólo los preceptos de carácter general o particular previos a ocurrir el daño, ahora se extiende hacia el reconocimiento a terceros, que se hallen en el mismo supuesto que el demandante, de un derecho, lo que implica validar el precedente administrativo como otro título jurídico que vincula a la Administración a seguir un determinado comportamiento, y del que nace un derecho subjetivo a favor del particular perjudicado cuando determinada actuación de la Administración se aparta de las decisiones tomadas hasta ahora sobre otros sujetos en iguales supuestos o condiciones.

Salvo estas variaciones la posición del legislador no discurre por nuevos derroteros. Su postura continuó apegada a las construcciones técnico-jurídicas que rodearon a la teoría del contencioso-administrativo de la primera mitad del siglo XIX. La vía contencioso-administrativa continúa siendo -en palabras de **SANTAMARÍA DE PAREDES**- «la revisión, en forma de juicio, de una resolución dictada con carácter definitivo por la Administración en la vía gubernativa, en virtud de sus facultades regladas, contra la cual reclama, dentro de cierto plazo, aquel que considera lesionado un derecho administrativo que el precepto limitativo del poder discrecional le reconoce particularmente».

⁷⁶ La LCA que rigió en la península española -a partir de su publicación en la *Gaceta de Madrid*- fue modificada en 1894 por Real Decreto de 22 de junio. La versión del texto legal luego de esa reforma no llegó a regir en Cuba. Puede consultarse la LCA, conforme se hizo extensiva a Cuba, en **BETANCOURT**, A. C., *Nueva edición del procedimiento...*, ob. cit., p. 17 y ss.

Es en extremo interesante traer a colación los antecedentes que la doctrina española le atribuye a este primer precepto de la LCA. **MARTÍN REBOLLO** -con referencia a **GARCÍA DE ENTERRÍA** que sostiene una posición similar al respecto- hace notar que el criterio de la cláusula general no era una innovación que pueda atribuírsele en exclusiva a **SANTAMARÍA DE PAREDES**, pues años antes, en la Ley de 31 de diciembre de 1881 (conocida como Ley Camacho pues es debida a Juan Francisco **CAMACHO**, quien fuese por esos años Ministro de Hacienda) sobre procedimientos judicial, gubernativo y contencioso-administrativo en el ramo de Hacienda, aparecía una concepción general sobre el contencioso-administrativo muy similar a la formulada en 1888 por **SANTAMARÍA DE PAREDES**. La base 5ª de la Ley Camacho decía: *La vía contencioso-administrativa procederá contra las providencias gubernativas de segunda instancia, sin excepción alguna, siempre que el asunto sobre que versen constituya materia contencioso-administrativa y aquéllas causen estado, lesión en derecho perfecto e infrinjan algún precepto legal.*

Procederá asimismo la vía contencioso-administrativa de segunda instancia contra las providencias de trámite dictadas o confirmadas en segunda instancia, siempre que resuelvan la cuestión pendiente, haciendo imposible todo recurso administrativo. Y añade **MARTÍN REBOLLO** que años antes, en 1874, **ORTIZ DE ZÚÑIGA**, M., (en *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales*, tomo II, Madrid, 1874, p. 122-123) resumía las circunstancias que debían reunirse para poder interponer el recurso contencioso-administrativo en las siguientes palabras: «...puede sentarse como regla segura que toda providencia de la Administración activa, que cause estado y pueda lesionar algún derecho está sometida a la jurisdicción de que tratamos (contencioso-administrativa), siempre que la resolución gubernativa no sea de carácter general, ni de aquellas que corresponden por las leyes a las facultades discrecionales del Gobierno». Véase en **MARTÍN REBOLLO**, L., *El proceso...*, ob. cit., p. 81, nota al pie 24, y pág. 155, nota al pie 28; y a **GARCÍA DE ENTERRÍA**, E., "La configuración del recurso de lesividad", en *Revista de Administración Pública*, no. 15, septiembre-diciembre 1954, p. 111, nota al pie, y p. 138 y 140.

⁷⁷ En base a la regulación de la LCA se creó el programa de Derecho procesal para la carrera universitaria de Derecho en la Universidad de La Habana, que recogió y reprodujo para la formación universitaria la dogmática sobre la que se construía el contencioso-administrativo. Véase el programa de estudios creado por **DOLZ ARANGO**, R., *Programa de Derecho Procesal Civil, Penal, Canónico y Administrativo...*, ob. cit., especialmente en lo que atañe al contencioso-administrativo a partir de la p. 256.

Con la LCA se circunscribe a la justicia administrativa y al Derecho administrativo hacia un campo de acción que, en comparación con el desarrollo del Derecho procesal administrativo de otros países del área, y respecto a los perfiles que iba adquiriendo la administración pública moderna (crecimiento exponencial en todos los aspectos), resultaba particularmente limitado si se pretendía continuar con la juridificación del poder público y con el incremento del campo de acción del control de la legalidad sobre la actividad administrativa, según se proclamaban como fines del Estado de Derecho. A la fecha en que se discutía el proyecto de LCA ante las Cortes -aun más, desde que se confeccionaba el proyecto de ley por la Comisión correspondiente- ya existían significativos avances sobre los requisitos procesales de acceso a la justicia administrativa llevados a cabo en el Derecho francés. Junto al recurso de plena jurisdicción se había construido el recurso por exceso de poder que permitía acceder al control de la legalidad de la actividad administrativa que no hubiese alcanzado a vulnerar un derecho subjetivo previamente delimitado en una norma, sino que consideraba válido la lesión a otro título jurídico: los intereses, que comenzaron a entenderse como titularidades activas dignas de protección. El recurso por exceso de poder, fue recogido en el orden positivo de Francia país por medio de la Ley de 24 de mayo de 1872⁷⁸, 16 años antes del debate de la LCA en las Cortes españolas, pero previo a su reconocimiento legal se contaba con un nada despreciable desarrollo científico de la categoría, trabajo que se le atribuye a la labor jurisprudencial del Consejo de Estado y a la doctrina francesa⁷⁹. El recurso por *excès de pouvoir* además de ampliar el diapasón de acceso a la justiciabilidad de la acción administrativa, implicó un perfeccionamiento del contencioso como mecanismo de saneamiento de la actividad administrativa viciada, toda vez que permitía obtener la nulidad de la decisión ejecutoria que adoleciera de vicios de incompetencia, defectos de forma, incumplimiento de formalidades u otra violación de la ley o disposición administrativa, aunque no se hubiese resquebrajado un derecho subjetivo del particular. Se había creado un recurso de impugnación ante el contencioso-administrativo que legitimaba la presencia de intereses jurídicos perjudicados, en cuanto título de legitimación que ponía en marcha el control legal del actuar administrativo, control que se perfiló con naturaleza objetiva en tanto se dirigía a extinguir de la vida jurídica el acto atacado, sin posibilidad de que el particular obtuviese pronunciamientos positivos o cualquier otro beneficio para su esfera jurídica⁸⁰.

El campo de espectro del recurso de anulación, como también se le conoce, había sufrido ampliaciones desde 1860 emprendidas por la doctrina francesa y por el *Conseil d'Etat*. Al momento de estudiarse el proyecto de la LCA en España, había experimentado una ampliación de los motivos bajo los cuales prosperaba la nulidad de la decisión ejecutoria. Operaba el control jurisdiccional sobre la actividad de la administración pública no sólo cuando se incurría en incompetencia administrativa, o ante la inobservancia de las normas procedimentales o requisitos formales para la toma de la decisión, sino también cuando se evidenciaba que el acto administrativo padecía de desviación de poder, entendiéndose por ello el que la Administración con lo resuelto derivara hacia la obtención de intereses distintos a los previstos en la norma⁸¹.

⁷⁸ El artículo 9 de la Ley de 24 de mayo de 1872 plantea: *Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des divers autorités administratives.*

⁷⁹ Véase a M. **SERRIGNY**, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure contentieuse administrative, dans leur rapports avec le droit civil*, tome I, Paris, 1865; o la primera edición en 1887 de **LAFERRIERE**, *Traité de la juridiction administrative...*, ob. cit.

⁸⁰ Sobre el protagonismo que fue alcanzando el recurso por exceso de poder en el Derecho francés brinda algunas pistas históricas **HAURIUO**: «...si contemplamos la historia del Derecho administrativo francés en este siglo, desde el punto de vista del contencioso, puede comprobarse que se descompone en dos períodos: el primero va desde los orígenes hasta el Decreto de 2 de noviembre de 1864; en él, el contencioso de plena jurisdicción ocupa el primer lugar y acapara la atención de los juristas; el segundo período se extiende desde el Decreto de 2 de noviembre de 1864 hasta nuestros días y es, por el contrario, el recurso contencioso de anulación el que, con el por exceso de poder, pasa a un primer plano; el contencioso de plena jurisdicción se olvida progresivamente». Confróntese en **HAURIUO**, M., *Obras escogidas...*, ob. cit., p. 158. Sobre la evolución histórica del recurso por exceso de poder, utilizando la misma periodización, puede consultarse en **VEDEL**, G., *Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, p. 459 y ss.

⁸¹ Sobre el recurso por exceso de poder puede consultarse a **BENOIT**, F. P., *El Derecho Administrativo francés*, Madrid, 1977.

Trascendental es además que el recurso por exceso de poder proporcionó una puerta a través de la cual se revisaba la actividad administrativa discrecional⁸², aspecto que se mantenía ajeno al contenido de la jurisdicción contencioso-administrativa en España, y de los territorios ultramarinos por expresa exclusión de la LCA⁸³. La potestad discrecional de la Administración continuó exenta de control bajo argumentos similares a los que sobre este punto se venían exponiendo por la doctrina española desde mediados del siglo XIX. Las referencias directas que nos permiten constatar cuáles fueron los argumentos que se tomaron en consideración para exceptuar la discrecionalidad administrativa del control jurisdiccional se hallan en el mismo discurso de **SANTAMARÍA DE PAREDES** en defensa del proyecto de LCA presentado a las Cortes españolas, y leído en sesión de 14 de diciembre de 1887. El congresista se apoyó expresamente en el criterio de clasificación de la actividad administrativa de cuño francés que diferencia a la potestad de mando en potestad reglada y discrecional para fundamentar la exclusión de ésta de la revisión del contencioso-administrativo. Con expresas referencias a **VIVIEN**⁸⁴, y citando la jurisprudencia del Consejo de Estado español en el que se reproduce la distinción entre actos discrecionales y reglados, como fundamento para prohibir su juzgamiento ante el contencioso-administrativo, sostuvo: «Por punto general debe suponerse que la potestad administrativa es potestad discrecional porque así corresponde a la autonomía, a la independencia con que el Poder ejecutivo ha de obrar para el cumplimiento de las leyes, porque así lo exige la oportunidad, la prudencia, la energía, la discreción con que ha de obrar, según las diversas necesidades de lugar y tiempo, que no es posible prever de antemano. Y es reglada cuando por no haber esas razones especiales que escapan a la previsión o por estimar conveniente encauzar la acción administrativa a fin de evitar el abuso se la fijan límites, se la prescriben condiciones, ya obligando a oír determinados Cuerpos, ya exigiendo la aprobación o el asentimiento de una autoridad superior, ya estableciendo ciertos requisitos sin los cuales el acto administrativo no es válido. Y desde el instante en que existen estas condiciones, estos requisitos, estos trámites, ya la Administración tiene que sujetarse indefectiblemente a ellos, quedando convertida su facultad discrecional en reglada⁸⁵».

La actividad administrativa discrecional se excluía del contencioso-administrativo por considerarse propia e inherente al poder ejecutivo (que no olvidemos se le atribuyó y era encabezado por el Rey), a la vez que consolidaba la idea de autonomía y independencia respecto del resto de los poderes del Estado. Su fundamento estaba en el necesario espacio de actuación del ejecutivo ante situaciones emergentes, producidas de momento, ante circunstancias que exigían que la Administración actuase sin frenos, y con plena libertad para satisfacer los intereses del bien común. Por ello la actividad discrecional de la Administración se entendía como actividad excluida en bloque del Derecho y del ordenamiento jurídico, a diferencia de la actividad reglada que operaba en los espacios de regulación.

Las interrogantes sobre el por qué la LCA no se hizo eco de los nuevos postulados administrativos y categorías procesales de las que hacía gala el Derecho francés son descifradas por **MARTÍN REBOLLO**. Las pistas las encuentra el autor a partir de la investigación histórica que realizó en torno al proceso de elaboración de la LCA. «Hay que tener en cuenta, por otra parte, -dice **REBOLLO**- que en Francia, en esta época, ya estaba consolidado el recurso por exceso de poder, habiendo superado los inconvenientes que afloran ahora en España, de lo no que no parecen querer enterarse en el Palacio del Congreso cuando se discute la ley...». El autor español coloca el énfasis sobre el dato de que en los debates parlamentarios fueron citados

⁸² Para **HAURIU** una de las motivaciones que halló la doctrina francesa en el estudio del recurso por exceso de poder fue precisamente la oportunidad que proporcionaba para que la jurisdicción contencioso-administrativa digiriera la inmensa cantidad de actos de administración que hasta entonces se habían considerado como discrecionales. Consúltense en **HAURIU**, M., *Obras escogidas...*, ob. cit., p. 159.

⁸³ El artículo 4, apartado 1 de la LCA dispone: *No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo: 1° Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional.* El espacio de acción pública que escapaba del control jurídico es para **ÁLVAREZ TABÍO** una de las temáticas más críticas de la LCA. El autor advierte que no contar con el recurso por exceso de poder deja al margen del control todos los actos administrativos que adolezcan de manifiesta ilegalidad, bien por vicios substanciales del acto ora por abuso de poder, y que poder contar con ese recurso objetivo equivaldría a acceder a la revisión de una buena parte de la actividad administrativa discrecional. Véase en **ÁLVAREZ TABÍO**, F., *El proceso...*, ob. cit., p. 382-383.

⁸⁴ Véase en **SANTAMARÍA DE PAREDES**, V., *Curso de Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 71.

⁸⁵ Véase en Discurso de **SANTAMARÍA DE PAREDES** ante el Congreso, en **MARTÍN REBOLLO**, L., *El proceso...*, ob. cit., p. 518.

administrativistas franceses como **LAFERRIERE** y **AUCOC** para fundamentar la toma de posturas por uno u otro modelo de organización jurisdiccional, pero no se hace alusión a las avanzadas ideas que esos mismos autores sostenían en el plano de los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁸⁶.

En su excelente monografía dedicada al proceso de elaboración de la LCA, pone de relieve el peso de dos factores que compulsaron a la creación de una nueva ley para la justicia administrativa en España. Uno de ellos era que se necesitaba una solución sobre el modelo de justicia administrativa a instaurar, que compaginara con la ideología y las expectativas que cada partido político tenía al respecto. Las turbulencias políticas que por la época se vivían en España, y el interés de contar con una administración fuerte y no sometida al control jurisdiccional de un tercero, fueron factores que condicionaron el contenido, alcance y proyección de la LCA. La LCA es hija legítima de la época en que surgió, fruto -junto a otras leyes y códigos del momento- del período de la Restauración. El otro factor que colaboró a la producción de una ley para la materia era la necesidad de hallar la fórmula procesal que acabase con el estado crítico en que se encontraba la jurisdicción contencioso-administrativa debido al considerable retraso en la resolución de los asuntos⁸⁷. Todo indica que a estos problemas fue a los que miró el legislador, dejando al margen los beneficios de atemperar la administración pública y la justicia administrativa de la península (y con ella la de los territorios ultramarinos) a las modernas corrientes del Derecho público marcadas por países europeos como Francia⁸⁸.

Las circunstancias, y las motivaciones e intereses políticos que dieron a luz a la LCA no eran ajenos para la doctrina cubana. Sobre los fundamentos políticos que avalaron la construcción técnico-jurídica del contencioso-administrativo español decimonónico, **ÁLVAREZ TABÍO** brinda una perspectiva similar a la del autor español: «...las modificaciones que se introdujeron al Proyecto -dice el Magistrado cubano- demostraban el gran interés que se tuvo en que la llamada jurisdicción contenciosa no se convirtiera en un medio ordinario de combatir las resoluciones de todas clases de las autoridades gubernativas “con menoscabo del servicio público y de la autoridad del Gobierno”. En suma, en el régimen ecléctico instaurado se mantuvo sin titubeos la preponderancia del Poder ejecutivo: la sola idea de que este Poder pudiera quedar supeditado al Judicial hubiera provocado un verdadero escándalo»⁸⁹.

El largo período de vigencia de la LCA en Cuba le permitió presenciar dos cambios políticos fundamentales en la historia de la nación cubana: el cese de la soberanía española en territorio insular (1899), y su constitución como República de Cuba en 1902, luego de un intervalo en el que se mantuvo la Isla bajo los órdenes de un gobierno militar instaurado por Estados Unidos

⁸⁶ Véase en **MARTÍN REBOLLO, L.**, *El proceso...*, ob. cit., nota al pie 26, p. 152-153. Hacia esta misma postura de pensamiento parecen inclinarse **GARCÍA DE ENTERRÍA** y **FERNÁNDEZ** cuando al explicar las limitaciones de la LCA para el control de la legalidad de la administración pública, califican a un grupo de administrativistas que participaron en los debates del proyecto de ley ante las Cámaras como «hombres cualquier cosa menos ingenuos». Confróntese en **GARCÍA DE ENTERRÍA, E.**, y **FERNÁNDEZ, T. R.**, *Curso de Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 584.

⁸⁷ Los asuntos contencioso-administrativos pendientes rondaban los 1500 pleitos, cifra que se aporta durante los debates en el Congreso a razón del análisis del proyecto de Ley. En **MARTÍN REBOLLO, L.**, *El proceso...*, ob. cit., p. 58-67, se reproducen fragmentos de las distintas alegaciones de los parlamentarios españoles en las sesiones de discusión del proyecto de LCA abogando por una solución a este problema.

⁸⁸ Opinión autorizada sobre la esencia y proyección político-jurídica de la LCA es vertida por **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.**, cuando tuvo ocasión de prologar el libro de **MARTÍN REBOLLO**, sobre el proceso de elaboración de la LCA. Con palabras precisas sostuvo: «El autor demuestra con todo rigor el empeño consciente e intencionado de quienes tenían el poder de crear y modular la ley, de que ésta no rebasase determinadas cotas ni permitiera ciertos despegues; de que el sistema naciera alicorto, lastrado y sin posibilidades de vuelo. No es que la evolución posterior lo malbaratara. El contencioso-administrativo de 1888 aparece ya, intencionalmente, con todas las limitaciones». Más adelante, insertando a la LCA en un contexto comparado con los mayores exponentes del Derecho Público, sostiene: «Por esa época está muy de moda ya -en determinados sectores sensibles a la cultura alemana- hablar del Estado jurídico o el Estado sometido al derecho. Pero el contencioso-administrativo que se introduce en España bien poco tiene que ver con la idea de sometimiento del Estado al derecho. La solución que se adopta (...) bien poco tendrá que ver con las tendencias foráneas que entonces podrían parecer progresivas: ni Estado de derecho, según los teóricos alemanes, ni Estado sometido a los jueces, a la inglesa, ni Consejo de Estado, a la francesa, con aires liberales y con tan destacadas innovaciones de técnica jurídica». Consúltese en **MARTÍN REBOLLO, L.**, *El proceso...*, ob. cit., p. 25-26.

⁸⁹ Confróntese en **ÁLVAREZ TABÍO, F.**, *El proceso...*, ob. cit., p. 41.

(1899-1902). El segundo suceso es el triunfo de la Revolución Cubana en enero de 1959. Centrémonos por el momento en el primero.

El cambio hacia un Estado independiente, que se dio para «la siempre fiel Isla de Cuba» luego de culminar la dominación por parte de España y luego de la primera intervención norteamericana, trajo aparejadas modificaciones sustanciales para la ingeniería orgánica del contencioso-administrativo. Los esquemas organizacionales de la justicia administrativa fueron adaptados a los paradigmas del modelo anglosajón, dictándose para ello un conjunto de órdenes militares en virtud de las cuales se reorganizó el sistema judicial en su conjunto, reformas que alcanzaron a la jurisdicción contencioso-administrativa que pasó a integrarse en el poder judicial. Culminaba para Cuba el reinado del principio de doble jurisdicción para pasar a funcionar bajo la unidad de jurisdicción en el seno de los órganos judiciales⁹⁰.

En todo caso los embates del período de transformación política y jurídica no operaron sobre los presupuestos que formaban el recurso de plena jurisdicción, que continuó siendo la única alternativa de acceso al juicio contencioso-administrativo bajo los mandatos de la LCA. Durante estos años, y entradas las primeras décadas del siglo XX, lo que le ocurre al ordenamiento jurídico y del Derecho cubano en general es un proceso de incorporación de estructuras del Derecho norteamericano junto a la permanencia y consolidación de instituciones, categorías y normas jurídicas pertenecientes al período de dominación española. El Derecho cubano deviene en un escenario variopinto, resultado de una amalgama en la que confluye un Derecho impuesto (el que vino de la mano de Estados Unidos), el que se nos quedó por la pertenencia durante cuatro siglos al Reino de España, y aquel que fue creándose de la mano del legislador republicano, y de la jurisprudencia y de la doctrina que durante esta primera mitad del siglo XX miraban hacia la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo español y a la producción científica europea. «Es necesario darse cuenta -plantea **VICENTE TEJERA**- de que las leyes más importantes de todas las naciones, entre nosotros son españolas; que si bien es verdad que muchos de esos cuerpos legales han sufrido profundas modificaciones de carácter exótico muy acentuado, no por eso dejan de aplicarse la mayoría de sus preceptos, porque las reformas salvo casos contados, no han abarcado la institución entera;...». Páginas hacia adelante debate sobre la influencia americana: «...la americanización de nuestras instituciones no puede ser más amplia. El Gobierno de la Primera Intervención cumplía con el plan que se había trazado de organizarnos de manera muy diferente de lo que estábamos. Todas las instituciones se cambiaban como por encanto, por la serie de Ordenes que sin unidad, supliendo las necesidades del momento, se iban dictando una tras otra hasta organizar totalmente el Gobierno de Cuba; después de ello la tarea tenía que ser bien fácil para la República. Examinando en conjunto nuestra legislación, sin buscar la nacionalidad de los legisladores, podemos decir, que ésta sufrió una gran americanización después del cese de la dominación española, pero si nos fijamos en la mayor parte de las Ordenes más importantes eran adaptaciones de leyes y disposiciones americanas confeccionadas por el Estado Mayor del Ejército de Ocupación de los Estados Unidos, podemos decir, que la influencia de los Estados Unidos, no dominó nuestro Derecho, sino que éste, como el de España, fue dado»⁹¹.

⁹⁰ Por medio de la Orden no. 33 de 1ro de abril de 1899 se suprimió el Tribunal local de Ultramar pasando la jurisdicción contencioso-administrativa a la Sala de lo Civil de la Audiencia de la Habana. A solo unos días después de dictada la Orden no. 33 se promulga la Orden no. 41 de 14 de abril de 1899, que continuaría la construcción organizacional de la jurisdicción contencioso-administrativa, al crear el Tribunal Supremo con jurisdicción en todo el territorio nacional. La Orden no. 41 dispuso que el Tribunal Supremo se estructuraba en una Sala de Justicia que conocería de la materia civil, criminal y contencioso-administrativa. La organización del Tribunal Supremo fue modificada por la Orden no. 95 de 10 de abril de 1901; a partir de ella el alto foro contó con tres Salas de Justicia: una para los asuntos civiles, otra para los criminales y otra para los contencioso-administrativos. Dos meses después se dicta la Orden no. 80 de 15 de junio de 1899, dirigida a la reorganización de las audiencias provinciales. Se establecen seis Audiencias en el país: Pinar del Río, Habana, Matanzas, Santa Clara y Puerto Príncipe -que posteriormente adoptará el nombre de Camagüey- y Santiago de Cuba. La Audiencia de la Habana sería la única que conocería de la materia contencioso-administrativa. Para todo consúltese a: **BETANCOURT, A. C.**, *Nueva edición del procedimiento...*, ob. cit., p. 3-8; a **RAMÍREZ OLIVELLA, G.**, *Legislación contencioso-administrativa...*, ob. cit., p. 7-12; y a **MATILLA CORREA, A.**, “La justicia administrativa en Cuba:...” ob. cit., p. 408.

⁹¹ **VICENTE TEJERA, D.**, *Estado de...*, ob. cit., p. 50 y 73, respectivamente. Similar opinión es vertida por **CÁRDENAS, R.**, “La evolución del Derecho cubano”, ob. cit., p. 95-102.

Las vivencias de la LCA ya en Cuba como Estado independiente, y durante la primera mitad del siglo XX, pueden ser estudiadas con detalle a través de la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo de la República de Cuba. Durante estos años adquirirán protagonismo en la producción de obras jurídicas en materia contencioso-administrativa los estudios dedicados a compilar los criterios jurisprudenciales sobre el proceso administrativo, y se extrañan en mayor medida los trabajos doctrinales sobre la institución⁹². Se destaca la labor de **BETANCOURT**, Magistrado del Tribunal Supremo, autor de una compilación de jurisprudencia sobre la LCA y su Reglamento, que tuvo dos ediciones, la primera en 1907 y la segunda publicada en 1916, y un prontuario de jurisprudencia constitucional, civil, criminal y contencioso-administrativa que abarca desde 1899 a 1918, con ediciones en 1908 y 1929. Sobresale la obra de **RAMÍREZ DE OLIVELLA** que publicó dos ediciones sobre la jurisprudencia en relación a la legislación contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, en 1931 y 1943, respectivamente, un Diccionario de jurisprudencia contencioso-administrativa desde la creación del Tribunal Supremo de Cuba hasta 1952, obra que consta de cinco volúmenes, y dos ediciones sobre una compilación de la Ley orgánica del Poder Judicial con todas las modificaciones introducidas, en 1939 y 1950. Guillermo **DE MONTAGU** es otro de los autores con los que se debe contar; siendo Magistrado del Tribunal Supremo publicó una compilación jurisprudencial en materia civil, hipotecaria, contencioso-administrativa y de constitucional, además de ser el autor de un proyecto de Código Procesal Civil para Cuba⁹³.

Basta adentrarse en la lectura de estos repertorios jurisprudenciales para tomar medida de cuáles eran los caminos por los que transitó la justicia administrativa durante las primeras décadas del siglo XX de la mano de la LCA.

2. Sobre el recurso de plena jurisdicción.

El alto foro de Cuba se mantuvo respetuoso al espíritu y esencia de la Ley, apegado al mandato de sus preceptos, y conservador en aquellos supuestos de lagunas legales o diversidad de interpretaciones, para con los principios sobre los que hemos visto se erigía la norma. Es fácil comprender que sucediera de ese modo si tomamos en cuenta que en la aplicación de la LCA nuestros jueces mantuvieron la mirada hacia los fallos de su homólogo en España, de donde bebieron para luego establecer criterios de interpretación de una norma que le había sido dada por aquel país. La jurisprudencia producida en esta nueva etapa y en las décadas inmediatas no podemos decir que resultase innovadora y revolucionaria para con los esquemas y limitaciones al control de la actividad de la Administración contenidos en la LCA, sino que fue más bien educada bajo los mandatos de la LCA, y por los dictados jurisprudenciales del alto foro español⁹⁴. **VICENTE TEJERA** devela algunos elementos para

⁹² El grado de popularidad del que gozaba el contencioso-administrativo es una de las cuestiones con las que se abre la introducción que realiza **ÁLVAREZ TABÍO** a su trabajo monográfico sobre la institución. «Muy poco ha interesado hasta ahora -plantea el autor- a nuestros juristas lo contencioso-administrativo. El profundo desprecio que le demuestran ha motivado que la institución haya ido degenerando más y más, adquiriendo vicios de tal índole que en gran parte han suprimido su eficacia». Varias décadas antes de que el Magistrado de la Audiencia de La Habana formulara esas palabras en los prolegómenos de su libro, **Andrés SEGURA Y CABRERA** dedicó varias páginas a lo que él mismo tituló «Ensayo de un programa para el estudio de lo contencioso-administrativo», trabajo que tenía como objetivo principal despertar el interés sobre los estudios de la jurisdicción contencioso-administrativa. Al respecto planteaba este autor: «Si con este ensayo logramos despertar interés para el estudio de tan importantísima materia, harto olvidada entre nosotros, o por lo menos, no profundizada por recogerse mal sus doctrinas en insuficiente examen de las mismas, tomándolas desde momentos muy lejanos a su origen, nos sentiremos satisfechos de haber podido obtener lo que es nuestro objeto: fomentar aficiones a una rama a la que hemos, desde ha mucho tiempo, consagrado con invencible vocación». Confróntese en **SEGURA Y CABRERA, A.**, «Ensayo de un programa para el estudio de lo contencioso-administrativo», en *Revista del Foro*, tomo II, segunda época, 1894, p. 315.

⁹³ **DE MONTAGU, G.**, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Cuba en materia civil, hipotecaria, contencioso-administrativa y de inconstitucionalidad*, tomo III (1929-1933), La Habana, 1944; *Origen y formación del proceso civil moderno. Proyecto de Código Procesal Civil*, La Habana, 1951.

⁹⁴ En una sección, titulada «Contencioso-Administrativo», perteneciente a la *Revista de Administración Pública*, y llevada por Enrique **SERRANO GUIRADO**, se pueden leer los fragmentos de sentencias del Tribunal Supremo español en las que vuelca su posición sobre el régimen general del recurso contencioso. Algunos de esos fragmentos coinciden con las opiniones vertidas por el alto foro cubano en la materia. Véase en *Revista de Administración Pública*, no. 2, mayo-agosto 1950, pág. 154, pronunciamientos judiciales sobre la discrecionalidad administrativa, en sentencia de 5 de junio de 1950 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo español. Sobre la función de control a posterior de la actividad administrativa, consúltese un fragmento de la sentencia de 9 de marzo de 1951, de la Sala Tercera del mismo Tribunal, en el número 4, enero-abril 1951, de

comprender que dado el momento y las circunstancias históricas era poco probable que fuese de otro modo. «...cuando comenzó a actuar nuestro Tribunal Supremo Nacional -informa este autor-, como era lógico, estaba virgen de jurisprudencia propia y considerándosele como continuador del Tribunal Supremo de España, que fue nuestro, se citaba como interpretación legal de nuestras leyes las sentencias de este último organismo, hasta el momento de la cesación en esta Isla de la dominación española. Los fallos de nuestros primeros Supremos Jueces por los mismos motivos expuestos, fueron casi de manera continua inspirados en las ideas de la Nación que por cuatro siglos nos infiltró su espíritu jurídico»⁹⁵.

Continuó siendo el acto administrativo individual y concreto el protagonista del proceso administrativo, la impugnación de las resoluciones generales era motivo para declarar la falta de jurisdicción del Tribunal para conocer del asunto. Así fue recogido en la sentencia no. 161, de 16 de marzo de 1948, que dice: «Conforme al artículo tercero de la ley de 13 de septiembre de 1888, el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originaron aquéllos derechos, habiendo declarado el Tribunal Supremo de España en la sentencia de primero de junio de 1894 que “solo cuando las disposiciones de carácter general se aplican a casos particulares, es cuando puede discutirse si al verificar su aplicación se vulneran derechos particulares reconocidos por las leyes anteriores”, y el Tribunal Supremo de Cuba, en la sentencia no. 126 de 16 de julio de 1928 y en otras posteriores, que la resolución de carácter general no es impugnable mediante el recurso contencioso-administrativo, sino la resolución de la Administración dictada a consecuencia de la misma y que lesione derechos de carácter particular del recurrente»⁹⁶. Y del propio año 1948, la sentencia no. 239 de 9 de abril: «Según reiterada doctrina de jurisprudencia, no son susceptibles de ser revisadas en vía contenciosa las resoluciones de carácter general, y como en el presente caso se interpela un Decreto presidencial que contiene disposiciones de carácter general, combatiéndose, directamente, por la demandante, dicho Decreto y no la resolución singular que se lo aplique y que, en su caso, sería la susceptible del recurso contencioso-administrativo, el Tribunal resulta incompetente para conocer de una resolución de carácter general, y lo cual debe declararse de oficio según reiterada jurisprudencia»⁹⁷.

Sin embargo, de la pluma de **ÁLVAREZ TABÍO** nos llega que sobre este punto en particular la jurisprudencia del Tribunal Supremo se vio sometida a un vaivén de cambios de criterios respecto a cuándo se estaba en presencia de una disposición de carácter general o individual⁹⁸. «El sistema del artículo tercero de la Ley de la materia -nos comenta el autor- no puede ser más defectuoso. En primer lugar, permite la vigencia de preceptos reglamentarios claramente ilegales, siempre que el particular reclamante no hubiera sabido utilizar el recurso en tiempo

la citada revista, pág. 240; o la sentencia de 24 de enero de 1951 de la Sala Cuarta en la que el Tribunal Supremo reproduce los presupuestos generales de acceso previstos en la ley, contenida en el mismo número, en la pág. 241.

⁹⁵ **VICENTE TEJERA**, D., *Estado de...*, ob. cit., p. 50.

⁹⁶ Fragmento de sentencia tomada de **RAMÍREZ OLIVELLA**, G., *Diccionario de Jurisprudencia contencioso-administrativa. Repertorio por orden alfabético de materias de todas las decisiones del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación, apelación y queja en la jurisdicción contencioso-administrativa*, tomo V, La Habana, 1953, p. 115.

⁹⁷ Fragmento de sentencia tomada de **RAMÍREZ OLIVELLA**, G., *Diccionario de Jurisprudencia...*, ob. cit., p. 117. Interpretación del precepto tercero de la LCA que años antes fue sostenida por **BETANCOURT**, A. C., (*Nueva edición del procedimiento...*, ob. cit., nota al pie 5, p. 21): «Este artículo es una excepción a la regla de que contra resoluciones de carácter general no procede la vía contenciosa; y, por tanto, tampoco procede contra los de mera ejecución de una de aquella clase, pues es claro que el perjuicio que con aquéllas -las de ejecución- se cause, no proviene de dichas resoluciones particulares, sino de la general, y en tal caso, habría en realidad, no la vulneración de un derecho preexistente, sino una pugna o incompatibilidad entre dos disposiciones generales para cuya solución no es adecuada esta vía. No obstante, el legislador, reconociendo la supremacía de la ley sobre los actos administrativos, autoriza que cuando una resolución de esta clase lesione un derecho particular reconocido en una ley, aunque dicha resolución se haya dictado en cumplimiento y de acuerdo con una de carácter general, pueda aquélla ser recurrida, para que quede a salvo el derecho reconocido en la ley». Pueden consultarse también el fragmento de la sentencias no. 78 de 16 de diciembre de 1918 donde el Tribunal Supremo reitera que no es posible impugnar en vía contencioso-administrativa las disposiciones de carácter general, en **BETANCOURT**, A. C., *Jurisprudencia cubana. Prontuario por orden alfabético de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de la República de Cuba, 1909-1918*, tomo II, Habana, 1929, p. 817-818.

⁹⁸ Véase en **ÁLVAREZ TABÍO**, F., *El proceso...*, ob. cit., p. 288.

y forma. Por otra parte, aun en el supuesto de que el recurso resulte viable, el Tribunal no podrá nunca anular la disposición general contraria a la ley, sino, simplemente, declarar la existencia del derecho vulnerado; por lo que cada particular afectado tendrá que esperar a que la disposición se le aplique concretamente»⁹⁹. El punto neurálgico sobre este particular, con independencia de las dificultades que en la práctica se presentaban para diferenciar los reglamentos de los actos administrativos de aplicación, es que por imperativo legal a los jueces se le impedía conocer de demandas impugnatorias directas contra normas reglamentarias. La potestad reglamentaria era otro bloque de la actividad de la Administración que se exceptuaba del control judicial.

A partir del siglo XX con la instauración de un modelo que se inclinó hacia la judicialización de la justicia administrativa, el contencioso continuó ejerciendo una función revisora del actuar de la administración pública, a consecuencia de mantenerse con carácter preceptivo la vía administrativa previa a la interposición de demanda en el proceso administrativo. «... antes de someterse el acto administrativo al examen de los órganos jurisdiccionales -plantea **ÁLVAREZ TABÍO**- se concede a la propia Administración activa la oportunidad de examinar sus propios actos a través del recurso jerárquico, y al concederse esa discusión previa en la vía gubernativa, impidiéndole acudir a la jurisdiccional antes de que aquélla quede apurada, indudablemente que al juzgar ésta, con vista de los mismos elementos que tuvo presentes la Administración, no está haciendo más que volver a examinar lo que ya fue discutido y estimado por la Administración». Las resoluciones debían cumplir entonces con el requisito de agotar la vía administrativa, y en caso de que se impugnase ante el Tribunal un acto administrativo del que no hubiese conocido la autoridad administrativa en todos sus niveles venía obligado el juzgador a declarar su incompetencia para conocer del pleito.

La labor de los jueces en este punto en particular se dirigió a cumplir una función orientativa entre el entramado de leyes administrativas en donde resultaban mezcladas las provenientes de la etapa colonial aún vigentes, con las nuevas normas dictadas al calor de la intervención norteamericana. La jurisprudencia se dio a la tarea de esclarecer cuáles eran las normas que se encontraban vigentes, y de ajustar los preceptos legales que correspondían a los esquemas organizacionales de la administración colonial a los nuevos dictados y estructura de la administración republicana. Así, a partir de la legislación sectorial de los asuntos que se iban tratando, los jueces fueron desentrañando, como quien abre paso dentro de una tupida selva, cuáles eran las autoridades que debían conocer por vía de recurso de la inconformidad del particular previo a su demanda en sede judicial. Ejemplo de esta labor es la sentencia no. 18, de 21 de junio de 1913 y la sentencia no. 35 de 1 de agosto de 1929, las que aclaran que en sede municipal contra las resoluciones dictadas por el Alcalde cabe recurso de Reforma con carácter previo a la interposición de demanda en la jurisdicción contencioso-administrativa; o la sentencia no. 12 de 4 de julio de 1908 que llama la atención respecto a que las resoluciones emitidas por el Presidente de la República se impugnan directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa por carecer de superior jerárquico ante el que interponer un recurso administrativo¹⁰⁰.

La jurisdicción contencioso-administrativa es revisora del actuar administrativo que vulnera derechos; así fue sostenido reiteradamente por la judicatura cubana. Ejemplo de ello es la sentencia de 11 de marzo de 1907 del Tribunal Supremo, que preceptúa: «...los actos de la Administración no son reclamables por los particulares por el solo hecho de que al realizarlos no se haya ajustado a la ley que los rige; sino que, para que lo sean, es necesario que, además, hayan causado un perjuicio al interés privado, lesionando derechos de carácter administrativo;

⁹⁹ Véase en **ÁLVAREZ TABÍO**, F., *El proceso...*, ob. cit., p. 289.

¹⁰⁰ Véase en **RAMÍREZ OLIVELLA**, G., *Legislación contencioso-administrativa...*, ob. cit., p. 27-28. Consúltense en **BETANCOURT**, A. C., *Nueva edición del procedimiento...*, ob. cit., nota al pie 2, p.18-21. El autor explica desde el nivel central al local (provincial y municipal), y pasando por algunas Secretarías de Despacho (equivalentes a los actuales Ministerios), las autoridades administrativas que en cada caso integran los niveles a los que se debe recurrir. Confróntese también en **RAMÍREZ OLIVELLA**, G., *Diccionario de Jurisprudencia...*, ob. cit., p. 278 y ss. Este autor reproduce fragmentos de sentencias del alto foro de Cuba en las que prosperan excepciones perentorias de falta de competencia porque la resolución administrativa que se impugna no completó la vía administrativa previa.

de lo cual se deduce que mientras esa lesión no se realiza, los particulares no tienen derecho a reclamar en vía contenciosa contra los actos o resoluciones de la Administración». Este criterio es reproducido por la sentencia no. 25, de 17 de julio de 1922, la sentencia no. 11, de 13 de marzo de 1924, la sentencia no. 32, de 26 de abril de 1927¹⁰¹; y por las sentencias no. 54, de 3 de febrero, no. 653 de 26 de octubre, no. 721 de 22 de noviembre, todas de 1948, y la sentencia no. 555 de 4 de octubre de 1949¹⁰², entre otras.

La jurisprudencia hizo énfasis en que el recurso que habilitaba la LCA sólo posibilitaba el éxito de la demanda ante el resquebrajamiento de derechos subjetivos del actor, y no ante la presencia de intereses. La sentencia no. 351 de 20 de junio de 1940 lo deja bien claro: «Es doctrina reiteradamente mantenida por la jurisprudencia, que para recurrir en vía contencioso-administrativa contra los acuerdos de la Administración, es preciso ostentar un derecho que haya sido desconocido, sin que baste alegar un interés perjudicado, ya que a los efectos de esta clase de reclamaciones no son equiparables la lesión en los intereses y la ofensa a los derechos, siendo ésta la única que puede dar motivo a la revisión jurisdiccional»¹⁰³. No obstante, el carácter subjetivo del recurso parece haber hallado un límite al considerar el Tribunal como propio de la facultad revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa y ejercitable de oficio el juzgamiento de si la Administración había obrado dentro de la esfera de su competencia¹⁰⁴.

El derecho vulnerado debe preexistir a la resolución administrativa que lo daña. «No son recurribles en la vía contencioso-administrativa -según se formula en la sentencia no. 2 de 30 de enero de 1903- las resoluciones que no vulneren un derecho preexistente establecido a favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo». Este criterio es reiterado en la sentencia no. 5 de 15 de marzo de 1904 en uno de sus fragmentos: «Según el inciso tercero del artículo primero de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, el recurso de esta índole no procede contra las resoluciones de la Administración cuando el recurrente no tiene a su favor un derecho de carácter administrativo anterior a la resolución de esa clase que vulnere dicho derecho».

El tercero de los requisitos que debía cumplir la resolución administrativa -contemplado en el citado artículo 1 de la LCA- indujo al nacimiento de un criterio jurisprudencial que impidió resultaran frustrados al inicio del proceso algunas demandas dado el excesivo ritualismo de la Ley. Recordemos que el apartado tercero del artículo 1 de la LCA establece como uno de los requisitos que debía cumplir el acto administrativo para poder ser revisado ante el contencioso el que hubiese lesionado un derecho; concatenado a ello el artículo 42 preceptúa los requisitos que debía cumplir el escrito de demanda y el artículo 46 relaciona las causales bajo las cuales cabía interponer excepciones dilatorias -todos de la LCA-. Sobre la base del artículo 42 en la demanda se debía hacer una explicación detallada sobre el cumplimiento por parte de la resolución combatida de cada uno de los requisitos contenidos en el precepto primero de la LCA. La inobservancia de al menos uno de los requisitos del artículo 42, entre ellos la ausencia de explicación detallada de cuál era el derecho lesionado y las estimaciones de por qué se consideraba infringido, era causal para la interposición de una excepción dilatoria por incompetencia de jurisdicción por parte del Tribunal, cuya consecuencia directa era la declaración de desestimación del curso de la demanda y el archivo de las actuaciones. Esta «situación anómala creada por el legislador español» -calificada así por **DÍAZ CRUZ**¹⁰⁵- fue advertida por la jurisprudencia que consideró inadecuado que cuestiones relativas al fondo del asunto fueran ventiladas en vía de incidentes previos y que la resolución dictada en ese

¹⁰¹ Consúltense en **BETANCOURT**, A. C., *Nueva edición del procedimiento...*, ob. cit., nota al pie 2, p.17

¹⁰² Confróntese en **RAMÍREZ OLIVELLA**, G., *Diccionario de Jurisprudencia...*, ob. cit., p. 99-100.

¹⁰³ Véase en **RAMÍREZ OLIVELLA**, G., *Legislación contencioso-administrativa...*, ob. cit., p. 37.

¹⁰⁴ Criterio esgrimido por la Audiencia de la Habana en sentencia de 11 de noviembre de 1952, siguiendo a la jurisprudencia española. Véase en **ÁLVAREZ TABÍO**, F., *El proceso...*, ob. cit., p. 40-41.

¹⁰⁵ Consúltense en **DÍAZ CRUZ, JR.**, M., "Un caso de excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción en materia contencioso-administrativa", en *Repertorio Judicial*, no. 10, Octubre/1940, La Habana, p. 241-242.

momento del proceso pudiese prejuzgar el fallo final, por lo que se decidió en ocasiones de esta índole no admitir la excepción dilatoria¹⁰⁶.

La situación vino a adoptar total uniformidad con la promulgación del Decreto no. 3001 de 1 de diciembre de 1933¹⁰⁷ que modificó el aludido apartado tercero del artículo 1 de la LCA, de forma tal que con la nueva redacción no se hacía referencia a una de las condiciones que debían cumplir los actos administrativos para que puedan ser recurridas en vía contenciosa, sino a una condición de la demanda. El apartado tercero quedó redactado como a continuación se reproduce: *Que se alegue la vulneración de un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto legal*¹⁰⁸. El artículo 46, que regulaba los motivos por los cuales procedía la interposición de excepciones dilatorias, también fue objeto de reforma. Se eliminó la existencia de un derecho lesionado y la ausencia de justificación del derecho vulnerado en la demanda como motivos de excepción dilatoria, reconociéndose como causales de excepciones perentorias a interponer en el escrito de contestación a la demanda y a ser resueltos en trámite de sentencia. A partir de este Decreto la lesión a derechos subjetivos que debían cumplir los actos administrativos para poder ser recurridos en sede contenciosa pasó a ser, por imperativo legal, una cuestión de fondo que debía ser resuelta en sentencia. El requisito formal se expresó en la obligación de «...explicar claramente el derecho que se estima lesionado, aduciendo los motivos jurídicos por los cuales la resolución recurrida infringe ese derecho», debiendo indicarse el o los preceptos legales infringidos por la Administración.

La jurisprudencia fue entonces exigente con el cumplimiento de este precepto, como lo demuestra la sentencia no. 356 de 5 de abril de 1935: «A partir de la vigencia del Decreto 3001 de primero de diciembre de 1933, que modificó el inciso tercero del artículo primero de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, sólo precisa que se alegue la vulneración de un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del recurrente, variando en esta forma la redacción anterior del propio precepto que exigía la vulneración de un derecho de la índole expresada, por lo que ahora solo puede resultar infringido el precepto en cuestión cuando el recurrente no haga la alegación exigida por el nuevo texto»¹⁰⁹; y la sentencia no. 1 de 8 de enero de 1937, que en uno de sus fragmentos expone: «Es improcedente el recurso contencioso-administrativo que no invoca Ley, Reglamento o precepto administrativo que establece el derecho cuya reclamación se sostiene¹¹⁰». Fallos similares a estos fueron formulados en la sentencia no. 467 de 2 de septiembre y la sentencia no. 570 de 8 de octubre, ambas de 1941; así como en la sentencia no. 192 de 29 de marzo de 1948, la sentencia no. 428 de 17 de junio de 1948 y en sentencia no. 353 de 20 de junio de 1950¹¹¹.

3. Sobre la discrecionalidad administrativa.

Respecto a la discrecionalidad administrativa y su control jurisdiccional al amparo de la LCA durante la primera mitad del siglo XX en Cuba, el panorama no experimentó cambios sustanciales, sino que se mantuvo por los senderos marcados por la dogmática *ius administrativa* del siglo XIX. Salvo algunos destellos vertidos en sentencias dictadas por los años 30 -pero que infortunadamente no logran trastocar la postura que en general mantuvo el alto foro cubano- el Tribunal Supremo continuó labrando por las rutas conocidas. La sentencia no. 139, de 27 de mayo de 1932 sostuvo una posición sobre la discrecionalidad administrativa que no se avenía al criterio de actuación extralegal de la LCA, sino que situaba a la potestad discrecional

¹⁰⁶ De este asunto puede consultarse la sentencia no. 1 de 19 de enero de 1905, la cual señala: “Cuando la razón de incompetencia que se alega consiste en la existencia de un derecho preexistente, no puede ser discutido el particular en un incidente previo si la existencia del derecho constituye el objeto principal del pleito”. En la misma línea el auto no. 17 de 7 de febrero de 1903 y la sentencia no. 20 de 23 de noviembre de 1908, en **BETANCOURT, A. C.**, *Jurisprudencia cubana...*, ob. cit., p. 111.

¹⁰⁷ Publicado en *Gaceta* de 9 de diciembre de 1933.

¹⁰⁸ Véase en **RAMÍREZ OLIVELLA, G.**, *Legislación contencioso-administrativa...*, ob. cit., p. 23.

¹⁰⁹ Véase en **RAMÍREZ OLIVELLA, G.**, *Legislación contencioso-administrativa...*, ob. cit., p. 37.

¹¹⁰ Véase en **RAMÍREZ OLIVELLA, G.**, *Legislación contencioso-administrativa...*, ob. cit., p. 36.

¹¹¹ Confróntese en **RAMÍREZ OLIVELLA, G.**, *Diccionario de Jurisprudencia...*, ob. cit., p. 102-103.

dentro de límites jurídicos impuestos por la ley y el Derecho. Reproducimos un fragmento de la resolución dado que constituyó prácticamente un oasis dentro de la postura dominante en la época. «El poder discrecional -formula el Tribunal- es jurídico y no arbitrario, sin que aun en la hipótesis del silencio de la ley sobre el acto, sea posible admitir la existencia de una facultad que no encuentra su origen y su apoyo en un precepto legal y que no puede por razón de las cosas en que recaiga, quedar ocasionalmente obligadas a normas que la conviertan en regladas: por lo que así circunscrito el campo de acción del poder discrecional, claro está que cuando toca una situación o un derecho, para cuya declaración, modificación, suspensión o extensión existen normas preestablecidas fuera de las cuales no es lícito disponer, el acto será reglado y procedente la vía contencioso-administrativa aunque el objeto y fundamento de las resoluciones se refieran a fines o propósitos de carácter político o de Gobierno...». Sobre la misma cuerda se dictaron las sentencias no. 257, de 22 de septiembre y no. 260, de 23 de septiembre, ambas de 1932¹¹².

Amén de esos criterios vertidos, la corriente mayoritaria continuó sosteniendo que la potestad discrecional era un poder administrativo ejercido en ausencia de una regulación concreta, un espacio de actuación pública ejercido a extramuros del ordenamiento jurídico, que sólo encontraba sus límites ante la presencia de reglas normativas y/o la existencia legal de un derecho subjetivo. Así por ejemplo, la sentencia no. 15, de enero de 1892, señala: «Desde el momento en que la Administración deba acomodar sus actos a una Ley, Reglamento u otro precepto administrativo, obra en el ejercicio de sus facultades regladas; y si con ellos infringe dichas reglas, vulnerando un derecho reconocido por las mismas, el Tribunal tiene competencia para restablecer el estado jurídico alterado»¹¹³. La sentencia no. 46, de 27 de mayo de 1915 continuó sobre la misma senda, aplicando la concepción extralegal de la discrecionalidad administrativa. Dice la resolución: «No existe Ley, Reglamento ni precepto administrativo alguno que reconozca a cada postor que acuda a una subasta pública determinado derecho a ser el adjudicatario con exclusión de los demás licitadores, por lo que es discrecional la facultad que tiene la Administración de adjudicarla procurando los mayores beneficios en pro de los intereses que representa»; y con el mismo criterio la sentencia no. 13, de 21 de marzo de 1925. En similar postura la sentencia no. 69, de 13 de octubre de 1926 analiza: «Ni en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo ni en la del Departamento de Obras Públicas, existe precepto alguno legal o reglamentario que obligue a la Administración a practicar deslindes, fuesen éstos de zona marítima, terrestre o de otra clase de propiedades del Estado, por lo que al practicarse uno de ellos a virtud de haberse solicitado y negarse posteriormente otro sobre los mismos terrenos, no dictó la Administración ninguna de dichas resoluciones en cumplimiento de precepto legal o reglamentario alguno que a ello la obligara, sino que lo hizo de modo evidente en ejercicio de su potestad discrecional».

La función administrativa continuó ganando espacio al margen del control jurisdiccional debido a que la jurisprudencia comenzó a detectar que la discrecionalidad de la Administración operaba también en las zonas o espacios de regulación. La verdad es que sólo en casos excepcionales la actividad administrativa no se encontraba sometida a reglas, éstas podían ser más o menos detalladas o pormenorizadas en lo que al actuar de la Administración respecta, pero como regla general eran pocos los ámbitos que no se contasen con un mínimo de ordenación jurídica. El problema giró entonces sobre la intensidad de la regulación, en un análisis volcado en función del ámbito de actuación que la norma le daba la Administración.

¹¹² Consúltense en **RAMÍREZ OLIVELLA, G.**, *Legislación contencioso-administrativa...*, ob. cit., p. 43. Puede verse el texto de la misma sentencia en **DE MONTAGU, G.**, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Cuba...*, ob. cit., p. 573. Este último autor reproduce en la página siguiente un fragmento de sentencia que consideramos necesaria traer a colación por ser interesante el planteamiento que formula. En esa oportunidad el Tribunal establece los elementos reglados que contiene toda actividad discrecional, dando a entender que el poder discrecional no es puro, sino que siempre comportará o tendrá integrados ciertos aspectos reglados que actúan como límites a su ejercicio. Dice el fragmento de la sentencia: «La discrecionalidad ha de ser específica para el acto; que ha de estimarse reglado siempre que una norma determine su oportunidad, forma o contenido, aun cuando originariamente no esté reglada la facultad; debiendo además entenderse limitada esta por la competencia de los tribunales para conocer de los vicios de procedimiento a que deba ajustarse su ejercicio como garantía del derecho o del acierto de la resolución; resultando circunscrito el ejercicio de la potestad discrecional, de un lado por las garantías procesales e indispensable competencia de la autoridad, y de otro por el ámbito y naturaleza de la institución o relación jurídica sobre que se ejerce...».

¹¹³ Véase en **ÁLVAREZ TABÍO, F.**, *El proceso...*, ob. cit., p. 386-387.

De esta forma, se entendió que si el campo de actuación era restringido las facultades administrativas eran regladas, en cambio eran discrecionales si la ley dejaba un amplio margen de actuación a la Administración frente al cual resultaba difícil sostener la presencia de derechos individuales, ante una administración pública habilitada para actuar con vasta libertad. Sobre esta perspectiva que se adoptó de la discrecionalidad da fe la sentencia no. 50, de 5 de junio de 1915, que dice así: «Las resoluciones que conceden o niegan el retiro militar, con pensión, a que se contrae el inciso (c) de la tercera de las disposiciones generales y transitorias de la Ley Orgánica del Retiro de las Fuerzas de Mar y Tierra de 30 de junio de 1913, corresponden a la potestad discrecional; porque en ese precepto, en vez de reconocerse el derecho a exigir el especial beneficio de que trata, se autoriza al Presidente de la República para otorgarlo o no como materia graciable»¹¹⁴; doctrina que fue reiterada por sentencia no. 325, de 24 de octubre de 1932, que plantea: «La facultad de declarar lesivas la Administración las resoluciones administrativas, es discrecional por corresponder al orden del Gobierno dentro de su autonomía; si bien habrá de serlo dentro de 4 años y recurrirla la propia Administración en los tres meses siguientes al día en que se haga, con lo que, así como al dejar a salvo el derecho a la indemnización, se garantizan los de los particulares. En su virtud, tal declaración, en relación con la reposición de un empleado queda excluida de la jurisdicción contencioso-administrativa»¹¹⁵.

La postura asumida por la corriente mayoritaria de la judicatura cubana contrasta con el discurso del presidente del Tribunal Supremo con motivo de la apertura de los Tribunales, pronunciado el 1 de septiembre de 1917. La alocución se dedicó por completo a la jurisdicción contencioso-administrativa bajo la ordenación de la LCA, oportunidad en la -de la voz del titular del máximo órgano de la judicatura cubana- se esgrimieron variados argumentos para demostrar y fundamentar el sabor liberal y las múltiples limitaciones de la LCA para proteger los derechos de los particulares, dado entre otros aspectos, por el régimen general del recurso de plena jurisdicción. A contrario de la corriente asumida por la jurisprudencia, con expresas alusiones a la reciente obra de León DUGUIT, la disertación del presidente se situó en la línea de la doctrina *iuspublicística* de la época, que acuñaba ideas de avanzada sobre el papel del Estado en sus relaciones con los individuos y sobre el nuevo sentido que bajo esos postulados adquiriría la noción de Estado de Derecho. Con énfasis en la revolucionaria obra de DUGUIT -a *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado* del profesor de Burdeos dedicó un espacio del discurso en el que trasladó las enseñanzas generales hacia el terreno del contencioso-administrativo- DEL CUETO demostró que la administración de justicia cubana no se hallaba ajena al Derecho público de sabor progresista que se estaba produciendo en Europa, sino todo lo contrario, se tenía conocimiento y dominio de los avances que en materia de Derecho público y de régimen general de acceso a la justicia administrativa, por aquellos entonces conmocionaban al mundo¹¹⁶.

Sin embargo, la doctrina cubana pareció estar más apta para oxigenar el panorama jurídico con las corrientes científicas extranjeras que reflexionaban sobre la revisión jurisdiccional de la potestad discrecional con buenos ojos. A la consulta de las obras de VIVIEN, HAURIU, JÉZE y MAYER, ÁLVAREZ TABÍO se muestra partidario de reducir la exclusión de los actos discrecionales

¹¹⁴ BETANCOURT, A. C., *Jurisprudencia cubana...*, ob. cit., p. 818.

¹¹⁵ Véase en DE MONTAGU, G., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Cuba...*, ob. cit., p. 574.

¹¹⁶ En los prolegómenos del discurso se caracteriza a la LCA usando las siguientes palabras: «Sea cualquiera el Partido que gobierne y por excelsas que sean las virtudes de los que rijan nuestros destinos, no tendremos régimen de legalidad debidamente garantido mientras continuemos con una reglamentación del Poder jurisdiccional anticuada, deficiente, inidónea para asegurar el efectivo goce de los derechos, y, lo que más importa, el cumplimiento estricto de los deberes que la independencia nacional implica. La actual reglamentación mantiene vivo lo que en Francia y Alemania ha desaparecido hace más de cincuenta años, y nuestro régimen republicano niega a los ciudadanos garantías que a los franceses otorgó el Emperador Napoleón III. Somete sólo a sindicación la potestad reglada y mantiene intangible la llamada potestad discrecional. Exige, como condición del recurso, la vulneración de un derecho subjetivo anteriormente establecido y deja fuera de protección el vasto campo del derecho objetivo. Régimen aceptable para un Gobierno colonial, resulta borreguío de tortura que comprime las ansias de legalidad de nuestra naciente democracia, siendo en la práctica funesto no sólo por lo que niega por sí mismo, sino por lo que reflejamente perturba». Más adelante, en la propia página se finaliza la introducción diciendo: «La reforma es urgentísima, repito, y al propio tiempo fácil. Está hecha, probada, experimentada por otros; solo falta estudiarla y adaptarla». Consúltese en DEL CUETO, J. A., *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales el 1º de septiembre de 1917*, Habana, 1917, p. 4-5.

al control judicial, para lo cual afirma: «Llegada a su madurez la organización política y administrativa, debe someterse a un control jurisdiccional todas las manifestaciones de voluntad de sus agentes. Los administrados deben tener siempre a su alcance el recurso que les permita el control de la legalidad de los actos administrativos, ejercitado ante autoridades organizadas jurisdiccionalmente y con facultades para decidir en forma jurisdiccional, porque el control de esta clase es el único que ofrece serias garantías». Más adelante plantea: «Es indudable que para la existencia de una Administración eficaz resulta indispensable que subsista un poder activo libre de trabas jurisdiccionales, siempre que se desenvuelva dentro del círculo de la Constitución y de la Ley, pues una supervisión constante de órganos extraños pudiera ser funesta para una actuación eficiente. Pero esa actividad fuera de todo control debe reducirse a un mínimo indispensable a fin de no ofender garantías individuales»¹¹⁷.

Más allá del concreto debate sobre la discrecionalidad administrativa (que por puntual no deja de ser una de las problemáticas troncales de la LCA) y adoptando una visión global del contencioso-administrativo al abrigo de la LCA, autores cubanos como **SEGURA CABRERA** -desde bien cercano a la vigencia del texto legal en Cuba- manifestaron los inconvenientes y el atraso de la norma respecto a las ideas político-jurídicas contemporáneas. Afirma este autor, rondando el año 1892: «Esta Ley,... ha tenido un apego a rancias preocupaciones, a vicios históricos, en riña hoy con las modernas ideas, encauzadas por espíritu democrático, que parece debiera ser la encarnación natural de la Justicia, que no admite distingos ni mejorías». En la misma dirección de pensamiento, seis décadas más tarde (a la altura de 1954), quien fuese Magistrado de la Audiencia de La Habana, en la introducción de su obra sobre el proceso contencioso-administrativo y refiriéndose al recurso que contempla LCA, esgrime: «Nuestro llamado recurso contencioso-administrativo -viviendo en una zona neutral, donde no le alcanza la atención de los procesalistas ni de los investigadores del derecho administrativo- está muy lejos de ser aquella “garantía efectiva del ciudadano frente a los abusos del Gobierno, de que nos hablan los maestros del derecho público». Más adelante en la misma introducción al libro manifiesta: «Nuestro proceso se halla regulado por una legislación española del pasado siglo, que ya ni siquiera rige en el país de su procedencia, y todavía se mantiene vivo en ella lo que en otros Estados desapareció hace más de cincuenta años».

El reinado de la LCA se extendió hasta los primeros años de la década de los 70 del siglo XX -según hemos expuesto anteriormente-, pese a las profundas transformaciones que en el plano político, jurídico, económico y social, acaecieron en Cuba con el triunfo revolucionario en enero de 1959. Con la instauración del Gobierno revolucionario comienza un período en el que se llevó a cabo un proceso de creación y consolidación de un nuevo orden estatal, que implicó el planteamiento a toda su extensión y en todos los niveles, de nuevos presupuestos políticos, económicos y jurídicos, ahora de honda raigambre socialista, sobre los que se basaría el emergente Estado cubano. Se asiste en las primeras dos décadas inmediatas al triunfo revolucionario, a un proceso de profundos cambios en medio de escenarios convulsos, donde la ciencia del Derecho administrativo cubano menguó casi por completo su producción científica, y donde los estudios sobre el contencioso-administrativo se casi inexistentes. Sólo a la altura del siglo XXI comenzará a oxigenarse el acervo doctrinal sobre la justicia administrativa patria contando con trabajos que se acercan a la institución incluso, desde una perspectiva casi en desuso como es la histórico-jurídica. Es en extremo interesante advertir que algún autor contemporáneo como **MATILLA CORREA** coincida con planteamientos que se esgrimieron por administrativistas cubanos hace ya más de un siglo, como fue **SEGURA CABRERA**, o con otros del siglo XX como **DEL CUETO** y **ÁLVAREZ TABÍO**, a razón del régimen del recurso contencioso contemplado en la LCA. Con una lectura global sobre el texto legal, **MATILLA CORREA** aporta algunos elementos que pueden tomarse en consideración para terminar de contextualizar a la LCA como producto de factura española y expresión del momento histórico en que surgió: «La *Ley Santamaría de Paredes* -dice este autor- fue un fiel reflejo de la época en que se enmarcaba. Consagraba principios sobre el control jurisdiccional del funcionamiento administrativo que habían tenido su base en el más rancio pensamiento liberal burgués decimonónico -propio, sobre todo, de los tres primeros cuartos de ese siglo -,

¹¹⁷ Véase en **ÁLVAREZ TABÍO**, F., *El proceso...*, ob. cit., p. 382-383.

en un momento -finales de la década de 1880- donde ya en otros países europeos (Alemania, Francia e Italia, principalmente) se estaba dando el proceso de revisión de los fundamentos conceptuales y funcionales sobre los que se asentaba la percepción del régimen jurídico de la Administración Pública, y también su control jurisdiccional; y que iría hacia la superación de ese primer estadio de desarrollo de dicho régimen en las primeras décadas del siglo XX, dejando atrás el pensamiento característico del liberalismo burgués que había dominado ese siglo XIX, y buscando un mayor ámbito de respuesta de ese orden jurídico-administrativo a su funcionalidad como equilibrador entre la garantía del interés público y el respeto de los derechos de los administrados. Así, esa ley procesal se amparaba en principios clásicos (por responder a esa época que se ha dado en llamar como “la época clásica del Derecho Administrativo” o “la época del Derecho Administrativo clásico”) como el del agotamiento previo de la vía administrativa, el llamado “dogma revisor del acto administrativo”, la exclusión del control de los actos emanados del ejercicio de la potestad discrecional, la exigencia de que se haya vulnerado un derecho subjetivo del particular»¹¹⁸.

La LCA es un hijo tardío del liberalismo burgués del siglo XIX; pero los dogmas jurídico-administrativos sobre los que se asienta, ni en su época de «esplendor» respondían totalmente a la realidad de la administración pública española y al Derecho administrativo de aquel país. Desde la primera década del siglo XIX era disonante el escenario social que unos principios político-jurídicos del joven Estado liberal moderno construían y mostraban como valedero, y la realidad impuesta por una administración pública fuerte y poderosa, que asistía a un proceso de acumulación de funciones, articulado mediante un ordenamiento jurídico-administrativo que regulaba e intervenía en múltiples ámbitos de la sociedad. Divorcio sobre el que reflexiona **TOMÁS Y VALIENTE**, poniendo de manifiesto que no existía correspondencia entre la debilidad del poder ejecutivo dentro del esquema teórico clásico de la división de poderes y la magnitud, que tanto en su parte orgánica como funcional, iba adquiriendo la administración pública española (en un paulatino proceso de asimilación del régimen administrativo napoleónico encabezado en España, a partir de 1833, por Javier de **BURGOS**) y el Derecho administrativo¹¹⁹.

¹¹⁸ Confróntese en **MATILLA CORREA**, A., “La justicia administrativa en Cuba:..., ob. cit., p. 402.

¹¹⁹ **TOMÁS Y VALIENTE** advierte sobre la necesidad de comprender la paradoja formada por, un diseño político-jurídico formal y una realidad que no se ajustaba ese modelo: «...de cómo en un Estado liberal, uno de cuyos postulados ideológicos fundamentales era la propia inactividad y el respecto al libre juego de los intereses y derechos individuales, pudo nacer y desarrollarse el más formidable aparato de poder, es decir, la moderna Administración “como sujeto jurídico real y verdadero”». Para profundizar en este punto puede consultarse a **GARCÍA DE ENTERRÍA**, E., *Revolución francesa...*, ob. cit. En el siguiente párrafo el historiador del Derecho explica el contenido de la función administrativa y los fines de la Administración según el esquema liberal: «Leyes, Tribunales y orden público -plantea **TOMÁS Y VALIENTE**- constituían la trilogía de funciones básicas a desempeñar por el Estado; las leyes eran leyes de libertad, garantizadoras de los derechos individuales; los Tribunales estaban para hacerla cumplir por vía contenciosa cuando entrasen en colisión intereses y derechos de distintos sujetos; y el poder ejecutivo sólo debía ocuparse en garantizar la paz interna, el orden público, para que los ciudadanos actuasen ejerciendo esas libertades que las leyes les concedían y que los Tribunales estarían dispuestos a declarar». «Dentro de ese esquema la función del poder ejecutivo no sólo era escasa, sino algo más importante, era sustancialmente vicaria en un doble sentido; en primer término, porque el poder ejecutivo se concibe sometido siempre en sus actuaciones al más estricto principio de legalidad, pues su función consiste en ejecutar leyes y en modo alguno en actuar al margen de ellas; y, por otra parte, también es vicaria o dependiente la actividad del poder ejecutivo en relación con los ciudadanos, pues su misión consiste en proteger el libre ejercicio de los derechos individuales. Un poder ejecutivo así entendido casi carece de iniciativa, es mero escudo protector, una instancia tutelar». Véase en **TOMÁS Y VALIENTE**, F., “Manual de Historia del Derecho Español”..., ob. cit., p. 1529.

Sin embargo, a la altura de la década del 30 del siglo XIX la administración pública española, con la mirada en el modelo administrativo francés, comenzaría un espectacular proceso de crecimiento, acumulación de poder e incorporación de las técnicas administrativas napoleónicas, tomadas a su vez de la Administración del Antiguo Régimen. La potestad reglamentaria limitada a la ejecución de las leyes, según los artículos 170 y 171 de la Constitución de 1812 y el artículo 47.1 de la Constitución de 1837, se extendió de hecho hacia el campo de las materias *extra legem*, poder normativo que no dudó en utilizar frecuentemente, produciéndose una flexibilización de las fronteras entre el poder legislativo y el ejecutivo. Las exenciones jurisdiccionales dadas a la Administración que consistieron en excluir de la justicia ordinaria todos los asuntos administrativos con reserva de su conocimiento por la propia Administración, no fue más que un privilegio dirigido a fortalecer el poder ejecutivo. El resultado de dotar a la Administración con estos poderes exuberantes nos lo describe **TOMÁS Y VALIENTE**, autor que dialoga sobre el crecimiento que se produjo para la administración pública española desde la primera mitad del siglo XIX. «En la cúspide de la Administración los Ministerios experimentaron un proceso de cambio, consistente con frecuencia en el desglose en dos o tres de un Ministerio anterior, y en otras ocasiones en la aparición de Ministerios nuevos, añadidos a los preexistentes. De este modo, si la Constitución de 1812 (art. 222) estableció siete Ministerios o Secretarías de Despacho, como entonces se llamaban, en 1934 había un total de doce. Si el aumento cuantitativo es ya un claro índice del crecimiento, el nombre de algunos nuevos Ministerios surgidos entre las dos fechas citadas, aunque no siempre tales Ministerios conservasen su denominación o su independencia durante muchos años, nos sirve para comprender cómo la

En medio de este escenario, el recurso de plena jurisdicción -con toda la construcción jurídica que lleva aparejado- y la exclusión de las potestades discrecional y reglamentaria de la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa, forman parte de la articulación jurídica de los postulados dogmáticos que conforman el modelo de Estado moderno; y en tanto tal son piezas que responden al diseño dibujado en las Constituciones políticas liberales del período. Desde aquellos tiempos -con independencia de que a la altura de 1888 era notable el salto evolutivo de la dogmática del contencioso-administrativo- la construcción técnico-jurídica de estos presupuestos de acceso y el contenido de la justicia administrativa respondían cada vez menos a una Administración abstencionista y débil, limitada a garantizar la libre iniciativa de los ciudadanos y el restablecimiento de la libertad individual, y más a un Ejecutivo sólido, poderoso e independiente.

V. LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y ADMINISTRATIVO: DE 4 DE ENERO DE 1974 A 24 DE AGOSTO DE 1977.

En enero de 1974 se publica la Ley no. 1261, de Procedimiento Civil y Administrativo, de 4 de enero de 1974 (LPCA) -dos años antes de dictarse la vigente Constitución cubana-, que resultó derogatoria de la LCA, por imperativo de su Disposición Final Cuarta, apartado segundo¹²⁰.

La LPCA se inserta, como una pieza más, en el «proceso de institucionalización» que desde años antes llevaba a cabo el joven Gobierno cubano. El período de institucionalización tuvo entre sus objetivos primordiales la construcción de una nueva planta institucional sobre la cual comenzará a funcionar el naciente Estado socialista. Como parte de las acciones inmersas en la labor de institucionalizar al país, la elaboración de un ordenamiento jurídico base de factura revolucionaria, que dejara atrás las viejas leyes aún vigentes de la etapa colonial, y de la república mediatizada, ocupó un lugar destacado en la agenda del Gobierno. La LPCA, desde la posición que ocupa en este proceso, constituye -a consecuencia de una de las facetas o núcleos de aquel proceso: la ordenación del aparato judicial- una reorganización de los ámbitos competenciales del sistema de órganos judiciales, y de los procesos, trámites, instituciones jurídicas y categorías procesales, en fin, del Derecho adjetivo que se ponía en función de encauzar y resolver los conflictos y solicitudes formulados en el ámbito del Derecho privado y público¹²¹.

A la LPCA le precedió la reestructuración de la planta institucional de la administración de justicia. Reestructuración llevada a cabo por medio del primer cuerpo orgánico, y que abarcó: la organización de los órganos judiciales, la ordenación sobre nuevas bases del mismo

asunción de funciones nuevas por parte de la Administración central determinó la aparición de órganos nuevos del más alto nivel. Recordemos así la creación de los Ministerios de Comercio, Industria y Obras Públicas (1847), el de Fomento (1833)...». Confróntese en **TOMÁS Y VALIENTE, F.**, "Manual de Historia del Derecho Español"..., ob. cit., p. 1535.

¹²⁰ La Disposición Final Cuarta, apartado segundo, de la LPCA dispone: «Se derogan tal como se encuentran vigentes al tiempo de promulgarse la presente ley: 2) La Ley de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de septiembre de 1888, y el Reglamento para su ejecución de 29 de diciembre de 1890». La LPCA se publicó en *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 4 de enero de 1974. La versión que se consulta obra en una publicación del Ministerio de Justicia titulada *Ley de Procedimiento Civil y Administrativo*, Publicación de Legislaciones, Volumen IV, Edición de Bolsillo, 1974.

¹²¹ Uno de los argumentos que se aporta por el legislador en la exposición de motivos de la LPCA (en el primer Por Cuanto) es la necesidad de aportar «nuevos procedimientos civiles que correspondan a los requerimientos de la sociedad socialista».

La LPCA se estructura en dos partes, la primera integrada por un grupo de disposiciones generales sobre la distribución jurisdiccional y competencial, las atribuciones de los Tribunales, el régimen de la capacidad y la representación procesal, el régimen de recusación de los jueces, las reglas de acumulación de los procesos, y regulación sobre los actos procesales, días hábiles, términos, modo de votación de las decisiones judiciales, las notificaciones, emplazamientos y requerimientos, fundamentalmente. El Libro Segundo de la Primera Parte recoge los procesos de conocimiento: el proceso ordinario, el sumario, los procesos especiales, entre ellos el proceso de divorcio en sus distintas modalidades, los procesos de amparo, el proceso de suspensión de obra nueva, el proceso de expropiación forzosa y el proceso en rebeldía. El Libro Tercero de la Ley se dedica a la regulación del proceso de ejecución, el Libro Quinto a la jurisdicción voluntaria, el Sexto al régimen de recursos contra las resoluciones judiciales. Luego del proceso de revisión y la regulación sobre la extensión del proceso (Libro Séptimo y Octavo, respectivamente), finaliza la ordenación de la jurisdicción civil; la Segunda Parte de la LPCA se dedica a la jurisdicción contencioso-administrativa.

servicio de prestación de asesoría legal para los ciudadanos, y la instauración de mecanismos de control de la legalidad de plena raigambre socialista. La Ley no. 1250 de Organización del Sistema Judicial, de 23 de junio de 1973 (LOSJ/1973)¹²², norma que introdujo esas modificaciones, dedicó espacio a la constitución y regulación básica de las atribuciones y estructura de un nuevo órgano estatal: la Fiscalía General de la República, que desde entonces sería un instrumento de control de la legalidad de los órganos estatales; y dispuso en líneas generales la reordenación del ejercicio de la abogacía. Bajo el mandato de la LOSJ/1973, se suprimía el ejercicio privado de la abogacía. Para que los juristas pudiesen ejercer la profesión de abogados debían colegiarse en las organizaciones, denominadas Bufetes Colectivos, que la propia norma creaba a tal efecto. El cuerpo de órganos judiciales se conformó por el Tribunal Supremo Popular, los Tribunales Provinciales Populares, los Tribunales Regionales Populares, los Tribunales Populares de Base y los Tribunales y Cortes Militares¹²³; el criterio para la creación de los órganos judiciales respondió a la división político-administrativa que por aquel entonces estructuraba territorialmente al país.

La jurisdicción contencioso-administrativa se distribuyó entre el Tribunal Supremo Popular, en el que se creó una Sala de lo Civil y lo Administrativo, y los Tribunales Provinciales Populares, en los que la LOSJ/1973 dispuso la creación de una Sala de lo Civil y lo Administrativo¹²⁴. En la distribución competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa se le atribuyó a los tribunales provinciales el conocimiento en primera instancia de las demandas impugnatorias de decisiones administrativas, y al Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos que se interpusieran contra las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia, así como los procesos de revisión en materia administrativa¹²⁵.

En lo que atañe al proceso administrativo ubicado en la Segunda Parte de la LPCA, ocupó desde el artículo 666 hasta el 712. Los requisitos de entrada al contencioso-administrativo iniciaban la delimitación del contenido de la jurisdicción desde el artículo 667 de la LPCA. *La jurisdicción en materia administrativa -establece el artículo 667- conocerá de todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de la Administración y vulneren derechos legalmente establecidos a favor del reclamante.*

Puede observarse que el recurso de plena jurisdicción continúa siendo la opción por la que apuesta el legislador revolucionario, y en consecuencia, la puerta principal de acceso a la justicia administrativa. La actividad de la administración pública se encuentra habilitada para ser impugnada ante los órganos judiciales si, y solo si, lesiona derechos legalmente establecidos a favor del particular; a lo que se le añade que el sabor subjetivo de la acción jurisdiccional -recuérdese que es considerado ingrediente esencial de este recurso- continúa presentándose desde un inicio, es decir, en forma de condicionamiento para el ejercicio de la acción, y se perfeccionará, como veremos a continuación, en una regulación que se detiene a describir -en caso de que prospere- su contenido y efectos finales. Este es uno de los aspectos que distinguen a las leyes procesales revolucionarias en materia administrativa; ellas no se limitan a reproducir el requisito de la acción administrativa como vulneradora de la esfera jurídico-privada en forma de derechos subjetivos, sino que se detienen a fijar la extensión y contenido del recurso, o planteado desde la proyección que adoptan ambas leyes, en explicitar las alternativas que puede manejar el demandante a la hora de formular su pretensión concreta. Ubicado en el Título II, dedicado a la Legitimación, el artículo 678 dispone: *Están legitimados para el ejercicio de la acción administrativa: a) Si se pretendiese el restablecimiento y reconocimiento de una situación jurídica subjetiva, únicamente el titular de un derecho derivado de una disposición legal que se considere vulnerada por la resolución*

¹²² Publicada en *Gaceta Oficial* de 23 de junio de 1973. El texto que se consulta es una publicación del Ministerio de Justicia bajo el título: *Ley de Organización del Sistema Judicial*, Publicación oficial del Ministerio de Justicia, Edición de Bolsillo, 1973.

¹²³ Véase el artículo 2 de la LOSJ/1973.

¹²⁴ Véase los artículos 19 y 20 de la LOSJ/1973.

¹²⁵ Véase los artículos 42 y 35 de la LOSJ/1973, respectivamente.

*impugnada*¹²⁶. Por ende, nuestras pretensiones ante el órgano judicial sólo tendrán éxito si contando con derechos reconocidos previamente por ley, éstos son lastimados por una decisión administrativa, en cuyo caso podemos pedir la nulidad (total o parcial) o modificación de la resolución administrativa, el reconocimiento del derecho específico que se considere lesionado, y la restitución de la situación jurídica individual al estado en que se encontraba antes del acto violentador¹²⁷. Opciones que se traducen en distintos pronunciamientos que pueden contener las sentencias estimatorias de la demanda, cuestión de la que se encarga el artículo 702 de la LPCA, que así establece: *La sentencia estimatoria deberá contener los siguientes pronunciamientos, según los casos: a) Anulación total o parcial de la disposición o resolución impugnada, y, en su caso, del expediente administrativo en que hubiere recaído ésta; b) si se hubiere formulado la pretensión a que se refiere el inciso a) del artículo 678, se reconocerá la situación jurídica individualizada y se adoptarán cuantas medidas sean necesarias para el pleno establecimiento de la misma; c) Si se reclamare el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios, la sentencia podrá formular pronunciamientos concretos sobre la existencia y cuantía de los mismos, siempre que constare probado en las actuaciones; en otro caso, se limitará a declarar el derecho y quedará al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos.*

Como aspecto positivo de la LPCA destacó en su momento la incorporación de la actividad reglamentaria como materia del contencioso, junto al ya clásico entre nosotros acto administrativo. El empleo de denominaciones, como «disposición de carácter general» y «resolución», contenidas en el citado artículo 667 no fueron expresiones del todo óptimas puesto que son términos ambiguos que pueden incluir diversas tipologías jurídicas de la actividad administrativa, y por tanto, con los que no acertó el legislador a identificar de forma precisa las categorías jurídico-administrativas, según su naturaleza y esencia. La cuestión de la terminología empleada por la LPCA es un aspecto que trasciende a su vigencia temporal, pues constituye una patología que pasó al vigente cuerpo normativo regulador del proceso administrativo. Piénsese por ejemplo que «resolución» puede ser entendida como instrumento jurídico-administrativo, expresión jurídico-formal o continente que puede dar cabida tanto a modalidades materiales de la actividad administrativa, como los actos administrativos o los reglamentos; o que como «disposición de carácter general» puede comprenderse a las normas reglamentarias o a los actos administrativos de carácter general, que son aquellos que -a contrario de los actos administrativos singulares que tienen por destinatario un grupo determinado o determinable de sujetos- tienen por destinatarios a un conjunto de sujetos que no resulta posible determinar o individualizar para el caso en concreto, sino que nacen para regir a un grupo indeterminado de sujetos, de ahí su vocación por el carácter general hacia el grupo de individuos a los que involucra.

Si se hace a un lado el empleo indiscriminado de los términos, un análisis conjunto del resto de los preceptos que de un modo u otro contenían referencias a las manifestaciones de la actividad administrativa tomadas en cuenta como materia propia de esta jurisdicción (como pueden ser los artículos 669, inciso a, 682, 683, 684, 685, fundamentalmente) puede ayudarnos a arribar a un par de conclusiones. La primera es que como regla general -y dejando margen a criterios o situaciones particulares-, cuando la LPCA empleó la denominación de «disposición de carácter general» se hizo alusión al reglamento, en tanto norma jurídica emanada de la administración pública en ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida por ley; y cuando se aludió a «resolución» se debió entender como sinónimo de acto administrativo, entendiéndose a éste como modalidad diversa del reglamento en tanto acto de aplicación o ejecución de una norma, que posee carácter no ordinamental, y produce efectos jurídicos previstos en la ley, aunque esto último sea en verdad más discutible pues el legislador utilizó en varios casos el

¹²⁶ Su precepto homólogo en la LPCALE es el artículo 666, que es una reproducción casi exacta de este, salvo cambios en la denominación de los entes administrativos, producidos *a posteriori* de la entrada en vigor de la Ley.

¹²⁷ Véase a LEZCANO CALCINES, J. R., "El procedimiento administrativo", en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Ciudad de La Habana, 2002, p. 270 y ss. (publicado también en AA. VV., *Temas de Derecho Administrativo*, tomo II, La Habana, 2006).

término con carácter abarcador de ambas realidades jurídico-administrativas¹²⁸. La segunda conclusión gira en torno a que la LPCA, al parecer, incluyó a los reglamentos como materia directamente impugnante ante el contencioso-administrativo, aspecto del que era huérfano de antecedentes el Derecho administrativo cubano.

La revisión del reglamento bajo habilitación de la LPCA estuvo expuesta a contradicciones dadas por la formulación que le dio el propio legislador. La cláusula general recogida en el citado artículo 667 es luego puesta en tela de juicio ante la formulación de preceptos que no hicieron más que proporcionar oscuridad e incertidumbre a la permisibilidad del control reglamentario. El artículo 669 excluyó de *la jurisdicción administrativa*: *a) Las cuestiones que se susciten con relación a disposiciones generales que procedan del Gobierno, o de una autoridad o funcionario siempre que, en cuanto a estos últimos, actúen en ejercicio de la potestad reglamentaria que les haya atribuido la ley.* Y es que con independencia de las dudas que pudieron suscitar o las interpretaciones que emergieron sobre la primera parte del precepto, relacionado con los reglamentos promulgados por el Gobierno, la segunda es bastante clara en el sentido que denegó el control sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria de la administración pública (a través de sus autoridades o funcionarios), entendida ésta como la organización administrativa subordinada jerárquicamente al Gobierno. Más adelante en el Título III dedicado a los Actos Impugnables, el artículo 682 de la LPCA confirmó lo dispuesto en el artículo 667, al contemplar a los reglamentos como materia judicialmente impugnante: *El proceso administrativo podrá promoverse únicamente: a) Contra las disposiciones de carácter general no excluidas expresamente conforme al artículo 669, cuando proceda.* La apertura hacia la impugnación de los reglamentos, pese a la nebulosa que introduce el inciso a del artículo 669, fue confirmada por el legislador cuando abordó los efectos de la sentencia que declara la nulidad de una disposición de carácter general¹²⁹.

El resto de los presupuestos dogmáticos de acceso al contencioso-administrativo que hemos visto no sufrieron cambios al abrigo de la LPCA. El agotamiento previo de la vía administrativa encontró su espacio en los artículos 682, inciso b y 683; y la exigencia del derecho previo vulnerado con el actuar de la Administración se ubicó en el citado artículo 667.

A suma de lo visto corresponde llamar la atención respecto a que los requisitos de entrada a la justicia administrativa al abrigo de la LPCA se mantuvieron sobre los esquemas ya tradicionales de configuración del recurso de plena jurisdicción en Cuba. Para la creación de la Ley fungió como referencia directa la LCA, de donde el legislador cubano tomó y adaptó el proceso administrativo a los efectos de alcanzar los objetivos que motivaron la creación de una norma procesal integradora de la jurisdicción civil y administrativa. Como se advierte de la exposición de motivos de la LPCA: los cambios organizacionales de la administración pública revolucionaria y la reducción de formalidades procesales en busca de alcanzar mayor economía procesal, fungieron como motivos declarados por el legislador para la elaboración de la LPCA. En función de ello se adaptó el proceso administrativo de la LCA a la nueva

¹²⁸ No pretendemos sentar conclusiones sobre la conceptualización del acto administrativo y del reglamento, sus diferencias y similitudes, pues consideramos que es un tópico con independencia y cuerpo propio para una investigación aparte, y un tema que excede los objetivos que nos planteamos con la investigación. Sí queremos hacer notar que desde el terreno de la interpretación de la LPCA para precisar las disímiles variantes que pueden manejarse a partir de la utilización de esos términos por el legislador, la empresa se muestra en dimensiones nada despreciables. La ausencia en el ordenamiento jurídico cubano de una regulación de carácter general sobre las categorías acto administrativo y reglamento, y la escasez de criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre la construcción dogmática de cada uno, que tomen en cuenta la formulaciones de la LPCA sobre la materia administrativa impugnante en sede contenciosa, condicionan nuestra exposición sobre este particular. Como temática propia a desarrollar en otro trabajo, dejamos sentados algunas ideas preliminares que nos permiten sistematizar los aspectos generales de la LPCA en lo que al recurso de plena jurisdicción respecta, sin que ello signifique sea nuestra posición definitiva en un tema profundo, que aún está por explorar en el Derecho administrativo cubano. En todo caso, de la cláusula general que establece la Ley pueden surgir variadas interpretaciones sobre lo que entender por resolución, decisiones y disposiciones de carácter general a las que no hacemos alusión, pero que se mueven en el terreno de la conceptualización del acto administrativo y del reglamento como realidades administrativas diferentes, y las modalidades que el primero puede adoptar. Sirva el análisis realizado arriba a los únicos efectos de ilustrar sobre las múltiples dificultades que presenta al articulado de la Ley en este punto en particular.

¹²⁹ Dice el segunda párrafo del artículo 703, de la LPCA: *La sentencia que anule una disposición de carácter general producirá efectos entre las partes y respecto de las personas a quienes afecte dicha disposición.*

LPCA. Salvo algunas modificaciones, como la eliminación de su articulado de referencias a las excepciones dilatorias o la reforma en el trámite de solicitud de los expedientes gubernativos y presentación de los escritos de demanda y contestación para hacer el proceso más ágil, no se dieron reformas radicales en lo que a los presupuestos de acceso al contencioso-administrativo respecta. En realidad era extraño que aconteciese de otro modo. El legislador cubano acudió a su precedente normativo inmediato; la inexistencia de propuestas teóricas autóctonas que -producidas durante las dos décadas de Gobierno revolucionario- se ajustaran a los nuevos principios político-jurídicos del Estado cubano, fue un factor que contribuyó a que se mirara al pasado en busca de modelos a incorporar a la emergente legislación revolucionaria. Al no contar con una propuesta llamativa y renovadora que se adecuara a las exigencias del momento histórico, en un contexto de deprimida producción científico-jurídica, se optó por un reordenamiento del proceso administrativo en el que adquieren protagonismo otros aspectos, y se dejan vivientes -con meras modificaciones de carácter gramatical- instituciones jurídico-procesales y administrativas, entre las que se cuenta el tipo de recurso que podía interponerse ante el contencioso-administrativo.

Además de la inexistencia de una propuesta científica que diera al traste con el estado de cosas existentes para el contencioso en este punto, los objetivos a alcanzar con la Ley transcurrían por derroteros que poco tenían que ver con la oxigenación de las instituciones y categorías jurídicas. La organización del reparto jurisdiccional y competencial entre los distintos tribunales en correspondencia con la nueva estructura del sistema de tribunales que impondría la LOSJ/1973, la participación activa de los jueces en el proceso, la simplificación de los trámites, impulso de oficio y concentración en aras de la economía procesal, son los fines que se propone el Gobierno revolucionario cubano con la dación de una ley que agrupa los procesos civiles y administrativo en un único cuerpo normativo.

VI. LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO, LABORAL Y (POSTERIORMENTE ECONÓMICO): DE 25 DE AGOSTO DE 1977 HASTA NUESTROS DÍAS.

42

1. Breve análisis sobre el régimen del recurso y otras condiciones de acceso al proceso administrativo.

La vigencia de la LPCA se extendería por tres años. Sucesivos cambios que irían de la mano de la Constitución de la República, promulgada en 1976¹³⁰, y de las leyes de desarrollo constitucional en implementación de sus mandatos, condujeron a su derogación. Las causas que llevaron a su extinción fueron: la reorganización de la estructura del sistema de Tribunales, como consecuencia de una nueva división político-administrativa del país, la modificación de los procesos contemplados en la Ley para reducir dilaciones indebidas, y la incorporación de la jurisdicción laboral al cuerpo del sistema de órganos judiciales¹³¹.

Destinada a sustituir a la LPCA, la Ley no. 7, de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de 19 de agosto de 1977¹³² (en el año 2006 se le añadiría la jurisdicción económica, en virtud del Decreto Ley no. 241, de 26 de septiembre de 2006¹³³, pasando a denominarse LPCALE), tendría como antesala los cambios orgánicos sobre el cuerpo de los órganos judiciales introducidos por la Ley no. 4, de Organización del Sistema Judicial, de 10 de agosto del propio año 1977 (LOSJ/1977)¹³⁴. Al amparo de esta última norma, el cuerpo de Tribunales de Cuba quedó integrado por el Tribunal Supremo Popular, los Tribunales Provinciales Populares, los Tribunales Municipales Populares y los Tribunales Militares¹³⁵. La jurisdicción contencioso-

¹³⁰ Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Especial, número 2, de 24 de febrero de 1976.

¹³¹ Véase la exposición de motivos de la LPCALE.

¹³² Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria, número 34, de 20 de agosto de 1977.

¹³³ Publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, número 33, de 27 de septiembre de 2006.

¹³⁴ Publicada en *Gaceta Oficial*, de 25 de agosto de 1977.

¹³⁵ El artículo 2 de la LOSJ/1977 establece: *La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida en su nombre por: 1) el Tribunal Supremo Popular; 2) los Tribunales Provinciales Populares; 3) los Tribunales Municipales Populares; 4) los*

administrativa se distribuyó entre el Tribunal Supremo Popular -con la constitución de una Sala de lo Civil y lo Administrativo- y los Tribunales Provinciales Populares que -en principio y salvo disposición del Pleno del Tribunal Supremo Popular- contarían con una Sala de lo Civil y lo Administrativo¹³⁶. Respecto a la distribución competencial de la materia contencioso-administrativa se dispuso por esa ley orgánica que la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular conociese de los recursos de casación y los procesos de revisión interpuestos contra las resoluciones dictadas por las Salas de lo Civil y lo Administrativo de los Tribunales Provinciales Populares (artículo 26, apartados 1 y 3¹³⁷), y que las Salas de provincia (artículo 39.1¹³⁸) fuesen primera instancia en los procesos administrativos¹³⁹.

Para los presupuestos de acceso al proceso administrativo que hemos venido analizando no se dieron significativos cambios. Más allá de la adopción de una postura más coherente y clara respecto a la posibilidad de impugnar los reglamentos -que ahora veremos-, el resto de la temática fue traspolada de la LPCA hacia la LPCALE. La cláusula general de acceso -está vez en el artículo 656 de la LPCALE- contiene en su enunciado el recurso de plena jurisdicción con los ingredientes también recogidos en sus antecedentes normativos. Una diferencia, y no de carácter esencial, es el enlace que realiza el precepto con su consecutivo artículo 657, a los efectos de indicar un listado *numerus clausus* de materias expresamente excluidas de la cláusula general y por ende de la jurisdicción contencioso-administrativa, y con el artículo 673 -oriundo de la LCA-¹⁴⁰ relativo a la inimpugnabilidad de las resoluciones que sean reproductivas de otras anteriores definitivas y firmes y a las confirmatorias de acuerdos consentidos. Así el artículo 656 de la LPCALE dispone: *La jurisdicción en materia administrativa conocerá de:*

1. todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y

Tribunales Militares.

¹³⁶ El artículo 659 de la LPCALE plantea: *La jurisdicción en materia administrativa se ejercerá por los siguientes órganos:*

1. la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular;
2. las Salas de lo Civil y de lo Administrativo de los Tribunales Populares.

La facultad del Pleno del Tribunal Supremo Popular para modificar la organización interna de los Tribunales de provincia está contemplada en el artículo 34 de la LOSJ/1977, el que dispone: *Los Tribunales Provinciales Populares se integran por sus Presidentes, los Presidentes de Sala y los demás Jueces profesionales y legos. La estructura de los Tribunales Provinciales Populares es la siguiente: Pleno, Sala de lo Penal, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sala de lo Laboral, Sala de Delitos contra la Seguridad del Estado, Secciones de Sala, que se forman cuando las necesidades del servicio judicial lo requieran y las cuales pueden tener competencia para todos los asuntos correspondientes a la Sala o para una parte de ellos.*

No obstante, el Pleno del Tribunal Supremo Popular puede disponer la supresión de alguna de las Salas previstas para cada Tribunal Provincial Popular y la extensión de la jurisdicción de la de otro para conocer de los asuntos que correspondan a la suprimida. También puede el Pleno disponer la supresión de alguna de las Salas previstas y atribuir la competencia de la suprimida a otra Sala del mismo Tribunal Provincial Popular.

¹³⁷ El artículo 26 de la LOSJ/1977 plantea: *Corresponde a la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular:*

- 1) conocer de los recursos que procedan contra los fallos dictados por las Salas de lo Civil y de lo Administrativo de los Tribunales Provinciales Populares;
- 3) conocer de los procesos de revisión conforme a la ley.

Precepto este que se halla en armonía con el artículo 665 de la LPCALE, el cual dispone: *La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular conocerá:*

1. de los recursos de casación que se deduzcan contra las resoluciones dictadas por los Tribunales Provinciales populares en materia administrativa susceptibles de ellos conforme a lo previsto en esta Ley para el proceso civil. La sustanciación del recurso se ajustará también a lo establecido en esta Ley para dicho proceso;
2. del proceso de revisión contra las sentencias firmes emanadas de los órganos de la jurisdicción administrativa, de acuerdo con lo previsto en esta Ley para el proceso civil.

¹³⁸ El artículo 39 de la LOSJ/1977 establece: *Corresponde a la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de los Tribunales Provinciales Populares:*

- 3) el conocer de los procesos administrativos que le atribuyan las leyes.

En correspondencia con ello, el artículo 662 de la LPCALE establece: *Las Salas de lo Civil y de lo Administrativo conocerán de las pretensiones que se formulen contra las disposiciones de carácter general y de las resoluciones emanadas de los Comités Ejecutivos de los órganos provinciales y municipales del Poder Popular que ejerzan sus funciones en el territorio de la provincia.*

¹³⁹ La LOSJ/1977 mantuvo su vigencia hasta que fue derogada en 1990 por la Ley no. 70, De los Tribunales Populares, de 12 de julio; publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria Especial, número 25, de 24 de julio de 1990. La Ley no. 70 fue derogada por la Ley no. 82 De los Tribunales Populares, de 11 de julio de 1997, actualmente vigente. Esta última publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, número 8, de 14 de julio de 1997. La organización de la jurisdicción contencioso-administrativa no sufrió cambios bajo la Ley no 82; la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo y sus homólogas en los Tribunales Provinciales continúan ejerciendo la jurisdicción en materia administrativa.

¹⁴⁰ Su homólogo en la LCA es el artículo 4, apartado tercero, el cual dispone: *No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo:*

- 3° Las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores que hayan causado estado y no hayan sido reclamadas, y las confirmatorias de acuerdos consentidos por no haber sido apelados en tiempo y forma.

resoluciones que emanen de la Administración y que, en uno u otro caso, vulneren derechos legalmente establecidos a favor del reclamante, salvo lo dispuesto en los artículos 657 y 673; 2. las cuestiones relacionadas con la aplicación de la legislación de la Reforma Urbana; 3. las demás cuestiones que la ley le atribuya especialmente.

La expresa inclusión del sector inmobiliario (que puede entenderse implícita en el apartado primero del propio precepto) se debe a que esta materia fue excluida de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley de Reforma Urbana, de 14 de octubre de 1960¹⁴¹. Al amparo de ese texto legal -que se declaró como parte integrante de la Ley Fundamental de 1959- se creó un cuerpo de órganos administrativos denominados Consejos Provinciales de la Reforma Urbana y Consejo Superior de la Reforma Urbana, a los que se le atribuyó la competencia para conocer de todo litigio civil o administrativo que surgiese con motivo de la aplicación de esa Ley. La atribución en bloque de la materia a una estructura de carácter administrativo especializada en el sector inmobiliario se mantuvo hasta que se devolvió la materia a los órganos judiciales, a las respectivas jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, por la LPCA. El precepto es reiterado en la vigente LPCALE, al parecer para confirmar la habilitación con que cuentan los asuntos de esta índole para ser resueltos por los órganos judiciales.

En cuanto al apartado tercero vale hacer dos aclaraciones pertinentes. Constituye una cláusula que comúnmente se conoce y se le denomina como precepto bolsa o saco, el que a conveniencia del legislador se deja para aquellos casos, materias o supuestos que no cumplen los requisitos del apartado primero del propio artículo, pero a interés de una legislación concreta que así lo disponga se atribuye la resolución de los conflictos que puedan surgir en su ejecución a la jurisdicción contencioso-administrativa. La norma en concreto no es un aporte de la legislación revolucionaria, sino una práctica común -eso sí, con algunos matices diferenciadores- a lo largo de la historia del contencioso-administrativo en Cuba. La Real Cédula de 30 de enero de 1855 en su artículo 121 establecía un listado de asuntos que iban al contencioso, alguno de los cuales, según la doctrina de la época, era materia que no se ajustaba a la naturaleza *per se* de los conflictos contencioso-administrativos, desempeñando el citado artículo rol de excepcionalidad (**AGUIRRE DE TEJADA** la identifica como jurisdicción contencioso-administrativa extraordinaria) respecto a la materia que por regla general (la señalada en el artículo 120 de la Real Cédula) sí correspondía a esta jurisdicción¹⁴². Este precepto fue reproducido por el Real Decreto de 4 de julio de 1861, encargado de la organización de los Consejos de las provincias de Ultramar, en su artículo 27, a cuya redacción Francisco **MORENO** interpretó añadiendo que el contencioso conocería también de «...los demás asuntos que marcan las leyes y reglamentos»¹⁴³. Lo vemos también en el artículo 5¹⁴⁴ de la LCA, y luego aparecerá en el artículo 670, inciso c, de la LPCA. Su aplicación, bajo la vigencia de la LPCALE -y desde esta interpretación que ahora manejamos- ha sido escasa, por no decir prácticamente nula, dada la poca presencia de leyes que hayan atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa cuestiones que no se ajusten materialmente a la actividad administrativa y a las condiciones que ella debe cumplir según el aludido artículo 656.1.

El precepto sin embargo viene desempeñando un papel relevante para la justicia administrativa en nuestro país, pues a su amparo puede el juez conocer de las impugnaciones que se formulen contra resoluciones administrativas emanadas de entes que no encuentran cabida en el complejo orgánico que, al amparo de la LPCALE, constituyen la administración pública cubana. *Se entenderá por Administración a los efectos de esta Ley: -dice el artículo 655- 1. los organismos de la Administración Central del Estado, así como sus delegaciones territoriales;*

¹⁴¹ Publicada en *Gaceta* de 14 de octubre de 1960.

¹⁴² Consúltese en **AGUIRRE DE TEJADA**, M., "Artículos 120 y 121...", ob. cit., p. 403.

¹⁴³ Véase en **MORENO**, F., *La Administración. Sus procedimientos...*, ob. cit., p. 365.

¹⁴⁴ Artículo 5 de la LCA: *Continuarán, sin embargo, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración central, provincial y municipal, para obras y servicios públicos de toda especie.*

Continuarán también atribuidas a dicha jurisdicción, aquellas cuestiones respecto de las que se otorgue el recurso especialmente en una ley o reglamento, si no estuviesen comprendidas en las excepciones del artículo anterior.

2. *los Consejos de Administración de las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular* (denominación que adquirieron los órganos de la Administración local con la Ley de Reforma Constitucional de 12 de julio de 1992¹⁴⁵, con anterioridad a la reforma la LPCALE los recogía como Comités Ejecutivos de los órganos provinciales y municipales del Poder Popular).

Gracias al apartado tercero del artículo 656 se revisa la legalidad de las resoluciones administrativas dictadas por organizaciones públicas que no forman parte del núcleo central o de la administración pública cubana entendida en sentido restrictivo. Los órganos que conforman el cuerpo de la administración pública cubana desde el nivel central hasta los niveles locales se recogen en diversos cuerpos normativos. La primera estructuración orgánica general es emprendida por la Constitución de 1976, y se desarrolla en lo que atañe a la Administración central por el Decreto Ley no. 67, de 19 de abril de 1963, sobre la Organización de la Administración Central del Estado, y el Decreto Ley no. 147, de 21 de abril de 1994, de la Reorganización de la Administración Central del Estado, fundamentalmente. En cuanto a la Administración local, el Reglamento de las Administraciones locales del Poder Popular, contenido en el Acuerdo no. 6176 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 13 de noviembre de 2007. Al margen de este conjunto de sujetos, se produce una actividad administrativa por obra de entes públicos que no se integran en el estricto organigrama de la administración pública cubana nuclear, pero que constituyen organizaciones de carácter administrativo por la naturaleza de la relación que les une con los entes encargados de su creación, que sí son en la mayoría de los casos órganos insertados en el aparato ejecutivo, o por la índole administrativa de la función que desempeñan. Al amparo del artículo 656.3 pueden entrar a la jurisdicción contencioso-administrativa, las decisiones de otras tipologías de sujetos públicos a las que la ley sectorial habilite su impugnación en sede contencioso-administrativa. Los casos más frecuentes que circulan por las nuestras Salas de justicia administrativa son, por poner algunos ejemplos, los actos administrativos que se pronuncian sobre la inscripción de marcas, lemas comerciales, rótulos de establecimiento, emblemas empresariales, y nombres comerciales, y las certificaciones de invención, modelos industriales y descubrimientos científicos, emitidos todos por la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial; las disposiciones emanadas de la Oficina Nacional Tributaria y sus delegaciones provinciales y municipales en todo lo relativo a la imposición de obligaciones tributarias; o las resoluciones que dicta el Centro Nacional de Derecho de Autor cuando resuelve conflictos suscitados por la vulneración de derechos de autor.

Ahora bien, la regulación sobre la revisión de los reglamentos -surgida en la LPCA a la luz de un entramado de artículos que no se destacaban por brindar claridad y certeza al respectivo fue mejorada con la LPCALE que dispuso en par de preceptos de un sistema más conciso y breve. A la habilitación general para impugnar normas reglamentarias contenida en el artículo 656.1 se sumó el listado de materias, relacionadas en el artículo 657, sobre las que no cabe mostrar inconformidad ante la jurisdicción administrativa. El citado artículo 657 emplea el término «disposiciones» para hacer alusión a la actividad administrativa respecto a la cual, y en las materias que estatuye, no puede ser conocida por el juez, por lo que interpretando «disposiciones» como comprensivo de actos administrativos y reglamentos, cabe entender que no procede la revisión judicial sobre la acción administrativa llevada a cabo en el grupo de materias que el artículo establece, ya sea la expresada por medio de actos administrativos como de disposiciones de carácter general, que son las modalidades de actividad jurídico-formal que reconoce la LPCALE en su artículo 656, apartado 1. Pues bien, al amparo de la LPCALE en sus artículos 656.1 y 657, la impugnación de reglamentos es posible, siempre y cuando no versen sobre las materias que taxativamente aparecen excluidas del conocimiento del juez de lo contencioso-administrativo, aspecto que finalmente confirma el artículo 670 en su apartado 1 del mismo texto legal, que dispone: *El proceso administrativo podrá promoverse únicamente: 1. contra las disposiciones de carácter general no excluidas expresamente conforme al artículo 657, cuando proceda.*

¹⁴⁵ La Ley de Reforma Constitucional fue publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, número 6, de 13 de julio de 1992.

El agotamiento del acto en vía administrativa sigue siendo de carácter preceptivo en nuestro Derecho administrativo. Los artículos 670, apartado 2, y 671, ambos de la LPCALE de ello se encargan¹⁴⁶. El derecho reconocido en norma legal previa a la existencia del acto lesionador continúa como único título legitimador de la interposición de la acción ante el contencioso-administrativo, y la potestad discrecional sigue exenta de control judicial por expreso mandato del artículo 657, apartado 6, de la LPCALE. He aquí algunas de las piezas que forman el filtro que debe atravesar la actividad de la Administración para que su legalidad pueda ser controlada por los órganos judiciales.

A pesar de los significativos cambios políticos que sucedieron para Cuba, uno a finales del siglo XIX y entrando el XX y el otro a partir de enero de 1959, y de la mano de modificaciones de la planta institucional que existía en el país en cada uno de esos momentos, se viene asistiendo hoy a un proceso de continuidad en lo que respecta a las condiciones de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Con independencia de la filiación a sistemas administrativos o judiciales de la justicia administrativa, la legislación de Cuba en la materia es heredera directa de los primeros antecedentes de la institución, cuyos orígenes se remontan a mediados del siglo XIX, continuando fiel a las circunstancias de orden positivo que deben darse para obtener tutela judicial, nacidas al calor de un régimen liberal y destinadas a regir y operar para una Administración de tipo colonial que por aquel entonces dirigía los destinos de la Isla. Excepto la apertura hacia la impugnación directa de reglamentos, no se asiste a un reforzamiento del control jurídico de la acción pública por parte de los órganos judiciales. El contencioso-administrativo en Cuba tiró su ancla en un tiempo pasado, permanece ajeno a la evolución científica que en materia de Derecho administrativo y Derecho procesal administrativo ha experimentado en sus dos siglos -aproximadamente- de existencia. La protección de intereses legítimos, y no sólo derechos subjetivos, la apertura hacia la justiciabilidad de la actividad discrecional de la Administración, la extensión de la tutela judicial administrativa hacia otras expresiones de la actividad administrativa distintas del acto y del reglamento que inciden de forma negativa sobre la esfera jurídico-privada, son algunos de los avances que ya poseen solidez en Derechos foráneos, tanto europeos como en los ordenamientos jurídicos de países de nuestro patio, pertenecientes al área de América Latina.

2. Notas para una valoración crítica del régimen general de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

De la mano de la continuidad histórica que caracteriza a la institución, en estos aspectos, surge una disyuntiva cuyo planteamiento proponemos con la finalidad de fundamentar la necesidad de una revisión sobre los presupuestos de entrada al control de legalidad de la acción administrativa. Con independencia de la distancia que separa el estado de desarrollo del contencioso-administrativo en la ciencia jurídica contemporánea de nuestra vigente regulación sobre el tema, otros argumentos de buen calibre parecen dar señales sobre la urgencia de revisión que pide la figura, a la luz de las características de la Administración cubana del siglo XXI. ¿Se acomoda el diseño de acceso al contencioso-administrativo según la LPCALE a los requerimientos de la sociedad cubana contemporánea y a la dinámica funcional de nuestra administración pública? No consideramos que la respuesta deba ser positiva, pues de ser así le estaríamos dando la espalda a la realidad cubana que demanda cada día de mecanismos certeros y eficaces de control sobre la actividad de la Administración.

La administración pública cubana -bajo el influjo de una corriente generalizada en los Estados modernos- es sujeto principal en un proceso de crecimiento exponencial en diversas direcciones debido a que asiste a la acumulación de múltiples funciones y competencias, que se traduce,

¹⁴⁶ La segunda parte del artículo 670.2 dispone: *El proceso administrativo podrá promoverse únicamente: 2. contra las resoluciones que no sean susceptibles de ulterior recurso en la vía administrativa, ya sean definitivas o de trámite, si éstas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que pongan término a dicha vía o hagan imposible su continuación.*

La imperatividad del agotamiento de la vía administrativa vuelve a ser recalado por el artículo 671 en su primera parte: *Los actos de aplicación sólo podrán ser impugnados una vez agotada la vía administrativa.*

una parte significativa, en actividad prestacional dirigida al ciudadano. Tan sólo puede verse como muestra de ello el texto constitucional de 1976; el abanico de derechos económicos y sociales que la Constitución reconoce al ciudadano se traduce en el desarrollo de varias líneas de políticas públicas en diversos sectores que deben ir encauzadas a proporcionar las condiciones materiales que hagan posible la efectiva creación del derecho, así como a garantizar la posibilidad de ejecución real de cada uno de esos derechos. Su planta institucional -que nada tiene que ver con la que existía en la segunda mitad del siglo XIX- se ha incrementado, ramificado y diversificado en variedad de tipologías de sujetos públicos que hoy ejercen funciones administrativas y satisfacen verdaderos intereses públicos. La dinámica estructural y funcional del complejo aparato administrativo reclama de un conjunto de mecanismos de control sobre la acción pública, entre ellos el control judicial, para atemperar la actividad administrativa a los cauces que el ordenamiento jurídico contempla. Sin desconocer el papel que desempeñan otros instrumentos de control de la actividad administrativa, como son los de carácter económico-financiero, y los beneficios que un sistema de distintos mecanismos de control puede brindar para la salud y eficiencia de la función administrativa, un control judicial amplio sobre la actividad administrativa se traduce en un instrumento que nos garantice el cumplimiento del mandato del artículo 10 de la Constitución: *Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respecto en la vida de toda la sociedad.* Contar con un mecanismo que controle, en amplia medida, la legalidad de la acción administrativa significa apostar por los beneficios aparejados a la legalidad. Una Administración que ajuste su acción al ordenamiento jurídico es una Administración organizada, que despliega su acción con seguridad jurídica, siendo uno de los ingredientes para alcanzar la eficiencia y la rentabilidad (económica y social) del Estado en su papel de actor fundamental en la vida social y económica del país. Y tan importante como ello es que el control judicial de legalidad sobre la amplitud de manifestaciones de la actividad administrativa implica la posibilidad de vigilar y en su caso corregir la acción administrativa que se desvíe de los objetivos públicos que persiguen las normas jurídicas. La jurisdicción contencioso-administrativa es un instrumento que permite pulsar al aparato público hacia el cumplimiento efectivo de los fines estipulados por unas normas que se da para sí el propio Estado.

Aparejado a ello el contencioso es también un instrumento de defensa de situaciones jurídico-privadas. Por ende, reestructurar las bases jurídicas para el acceso a la justicia administrativa de cara a los administrados significa lograr un mayor grado de protección y garantía de sus derechos e intereses legítimos en sus relaciones con la administración pública, y por ende, un fortalecimiento de la protección jurídica que los Tribunales están llamados a brindar, por expreso mandato del artículo 120 de la Constitución de 1976¹⁴⁷.

Otra acotación sobre el rol que desempeña el contencioso-administrativo en la tutela de la esfera jurídico-privada en el Derecho cubano. La inexistencia de garantías constitucionales -entendido el término en sentido estricto- para la protección de los derechos privados, y la atribución de dicha protección a las distintas vías jurisdiccionales y procedimentales que recoge el ordenamiento jurídico cubano, constituye una cualidad que tiñe con un matiz *sui generis* a la temática toda de la justicia administrativa en Cuba. Debido a esa asimilación, de la que participa la jurisdicción contencioso-administrativa, la protección de los derechos reconocidos en el texto constitucional encuentra cobija en el contencioso, aspecto que refuerza el protagonismo y el valor de la institución en la sociedad cubana y la importancia que posee como espacio tutelar en el que se revisan las relaciones Estado-individuo.

La apuesta que realiza el proceso administrativo de la LPCALE por el recurso de plena jurisdicción coloca al margen de la tutela judicial a intereses de legítima protección que ostenta el particular y que pueden verse lesionados con el actuar administrativo. El hecho de legitimar la presencia de intereses legítimos como título que abre las puertas al contencioso-administrativo,

¹⁴⁷ El artículo 120 de la Constitución 1976 dice: *La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye.*

permite ejercer un control sobre aquella actividad administrativa viciada de ilegalidad que no llega a lesionar perfectos derechos subjetivos previstos en norma legal¹⁴⁸. Lo que ha ocurrido para el contencioso-administrativo (aspecto que no ha llegado en toda su extensión al orden positivo de Cuba) es que de activarse la maquinaria jurisdiccional para sanear la actividad viciada sólo y cuando esta hubiese transgredido derechos particulares, ha pasado hacia un control más objetivo, pues por medio de los intereses legítimos se busca el saneamiento de toda la actividad administrativa ilegal. El eje se ha trastocado, de ser inicialmente un instrumento dirigido a restablecer derechos lesionados con el actuar de la Administración ha pasado a ser un mecanismo de saneamiento de actuaciones administrativas ilegales (ya sea por incompetencia de la autoridad para emitir la decisión, vicios de forma, desviación de poder o violación de la ley y derechos adquiridos, o por fundarse el acto en hechos materialmente inexactos¹⁴⁹), mediando el encontronazo con derechos subjetivos e intereses legítimos. El cambio de óptica es evidente, se coloca el centro de atención sobre la necesidad del control de la legalidad y a partir de ahí se construye toda la ingeniería procesal en función de extender dicho control más allá de las fronteras inicialmente fijadas: «Se verá -señala VEDEL- que las diversas “aperturas” al recurso por exceso de poder (incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, violación de la ley) no son más que variedades de la *ilegalidad* en el sentido amplio de la palabra, es decir, de la violación del derecho de la Administración¹⁵⁰».

Los últimos adelantos en este sentido se han dado desde la década de los años 80 y 90 del pasado siglo. Por medio de las Leyes francesas de 16 de julio de 1980 y 8 de febrero de 1995 el recurso de anulación permite no sólo la obtención de la nulidad de la resolución que se ataca, sino también recabar para el demandante pronunciamientos de condena a la Administración del que obtiene beneficios directos para su situación jurídica. El recurso por exceso de poder se subjetiviza haciéndose menos nítida su frontera con el ya clásico recurso de plena jurisdicción¹⁵¹.

Otro de los talones de Aquiles del proceso administrativo recae sobre las modalidades de actuación administrativas que pueden ser revisadas por el juez. A través del acto

¹⁴⁸ El contencioso-administrativo como recurso jurisdiccional que opera ante la lesión de derechos preestablecidos por la acción administrativa nace de un intento teórico de clasificación que establecía el contencioso-administrativo por atribución y contencioso por naturaleza. El contencioso por atribución era el recurso según era creado por los textos legales, y el contencioso por naturaleza fue producto de un intento doctrinal de determinar los asuntos contenciosos por sí mismos, más allá de los criterios legales, es decir, en determinar materialmente las situaciones contenciosas por naturaleza. Este intento no llegó a tener éxito, entre otras cosas, porque la doctrina no alcanzó a construir una teoría sólida al respecto y porque la fórmula que se halló para su determinación fue la misma que recogiera el derecho positivo: El recurso contencioso-administrativo se identificaría por la existencia de un derecho preexistente vulnerado por una decisión administrativa. «... la cuestión del criterio del contencioso ordinario -dice HAURIU- se convirtió en la del criterio del derecho adquirido. Cuando, más tarde, el recurso por exceso de poder se fue desarrollando, el sistema se completó estableciendo esta oposición simétrica: el recurso contencioso ordinario nace de la violación de un derecho, y el recurso por exceso de poder de la violación de un interés». Confróntese en HAURIU, M., *Obras escogidas...*, ob. cit., p. 160-161.

¹⁴⁹ Son los cuatro los perjuicios que incluyó el recurso por exceso de poder o anulación en el Derecho francés. Es a partir de la Ley 7-14 de 1790 que aparece la incompetencia administrativa como causal de nulidad de las decisiones ejecutorias. A la incompetencia se añadió luego todo vicio de forma y para 1840 surge la desviación de poder como otra de las causales del recurso de anulación. Este último motivo se da cuando la autoridad «...usa sus poderes para fines distintos de aquellos para los que la ley se los confirió». El cuarto de los motivos llegaría en 1864, en virtud del Decreto de 2 de noviembre, y el quinto sería desarrollado en los años que van entre 1910 y 1920. Un recuento histórico sobre la formación del recurso puede consultarse en VEDEL, G., *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 460-462.

¹⁵⁰ Georges VEDEL, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 462-463. Para la época en que se publicó este manual el autor pone de manifiesto que para el Derecho francés el recurso por exceso de poder es de orden público, entendiéndose por tal que no se necesita de su reconocimiento normativo para su existencia y aplicación. Puede interponerse, incluso sin texto legal que le ampare, contra todo acto administrativo, y tiene como efecto asegurar, conforme a los principios generales del Derecho el respeto de la legalidad.

¹⁵¹ Esta ampliación del recurso de anulación fue posteriormente recogida en la Ley española no. 29, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998; avances que tuvieron eco en Italia con la Ley 205 de 21 de julio de 2000. En comentario sobre la iniciativa francesa y su posterior inclusión en las legislaciones española e italiana puede consultarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, Navarra, 2007, p. 82 y ss. La equiparación entre el recurso de anulación y de plena jurisdicción viene dada por asimilar la vulneración de intereses como lesión a verdaderos derechos subjetivos. Sobre este punto la doctrina alemana ha desarrollado la tesis de que todas las ventajas o beneficios que el ciudadano pueda obtener del poder público son asimilables a derechos subjetivos, por lo que todo perjuicio a raíz de una actuación estatal del que pueda obtenerse reparación constituye un potencial derecho subjetivo.

administrativo y el reglamento -las dos conductas administrativas que reconoce la LPCALE como manifestaciones de la función administrativa atacables en el proceso- se expresa una parte sustancial de la actividad de la Administración cubana. Piénsese que por medio del acto administrativo la Administración es promotora en la formación de vínculos o relaciones jurídico-administrativas con los particulares pues es ella quien nos exige, impone u obliga a algo¹⁵². La imposición de una multa, la deducción de una deuda tributaria, la disposición de cierre de un establecimiento privado, la promulgación de un reglamento, son actuaciones que al lacerar el ámbito jurídico-privado se erigen en el motivo mismo del conflicto o debate jurisdiccional, es el acto lo que motiva el proceso; y constituye él una garantía básica con que cuenta el administrado, pues de obligarle así la ley la Administración debe pronunciarse mediante acto administrativo previo a realizar la actividad material en ejecución de lo dispuesto.

Al lado del acto administrativo y del reglamento han ido surgiendo otras conductas administrativas que inciden directamente sobre la esfera jurídica de los particulares. Una de esas nuevas formas de actuación -recogidas en legislaciones extranjeras- es lo que se conoce como vía de hecho. Constituye toda actividad material de la Administración que invade la esfera jurídico-privada en la forma de lesión de derechos que no cuenta con el correspondiente título jurídico habilitante que legitime la acción, o aquella que sin estar obligada a contar con una decisión administrativa formal se sitúa al margen del Derecho¹⁵³. Un ejemplo clásico para comprender este supuesto es la invasión por medio de obras constructivas llevadas a cabo por la Administración en predios privados sin contar con el correspondiente acto administrativo; o -más ilustrativo para el caso cubano- la extracción de personas de inmuebles sin existir resolución declarativa del *status* de ocupante ilegal, como exige la Ley no. 65, General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988. En casos como estos la exigencia de un acto administrativo previo como presupuesto de entrada al proceso administrativo carece de sentido, toda vez que es la ausencia del acto uno de los motivos para interponer demanda ante el juez administrativo. Nuestra legislación franquea el camino para que crezca el estado de indefensión en que pueden quedar los administrados que se vean perjudicados por situaciones o conductas administrativas de este tipo, pues si bien se cuentan con otros mecanismos de control a los que se puede acudir -como es la Fiscalía- resultan instrumentos alternativos que no suplen la función que el Tribunal puede llegar a desempeñar en orden al restablecimiento del derecho resquebrajado, pues es el órgano que cuenta con los mecanismos jurídicos para ello.

Una alternativa de tutela judicial ante las vías de hecho administrativas nos la brinda el proceso de amparo en la posesión contra actos provenientes de particulares u órganos administrativos, recogido entre los artículos 401 y 414 de la LPCALE. Ubicado en la jurisdicción civil, está modalidad del juicio de amparo (que no es otra cosa que los antiguos interdictos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881) admite cómodamente las reclamaciones contra las vías de hecho de la Administración pero con alcance y efectos limitados, toda vez que sólo conoce el juez civil de la perturbación a estados posesorios y los efectos de la sentencia se circunscriben al restablecimiento de la posesión, dejándose sin protección -dada las condiciones del artículo 656 de la LPCALE- el resto de los casos a que pueden dar lugar a una vía de hecho administrativa¹⁵⁴.

¹⁵² Véase a GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Acto administrativo y pretensión procesal", en FERNÁNDEZ RUIZ, J., (coordinador), *Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI*, México, 2002, p. 11.

¹⁵³ Un análisis conceptual sobre la categoría de vía de hecho puede consultarse en BENOIT, F. P., *El Derecho Administrativo francés...*, ob. cit., p. 521 y ss.

¹⁵⁴ Se transcribe fragmento de una sentencia dictada en el mes de julio de 2010 por la Sala Segunda de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, correspondiente a un recurso de apelación contra sentencia dictada por el Tribunal Municipal Popular de Guanabacoa en un proceso de amparo contra actos provenientes de particulares u órganos administrativos. El caso puede ser ilustrativo para comprender mejor lo que hemos planteado anteriormente, respecto a cómo funciona el proceso de amparo de la jurisdicción civil como alternativa de tutela contra actuaciones administrativas no legitimadas por título habilitante, y cómo desde la jurisdicción civil -aunque en menor medida- también se puede ejercer un control de legalidad de la administración pública. En este caso la Unidad Municipal Inversionista de la Vivienda hubo de comenzar movimientos de tierras en un solar yermo anexo a una vivienda, cuya familia había detentado la posesión pacífica e ininterrumpida del terreno por varias décadas, acción que llevó a cabo sin dictar resolución administrativa correspondiente, ni por tanto, notificarle al poseedor de la actividad que iba a emprender. El fragmento más significativo de la sentencia dice así: «que el órgano administrativo ha confundido durante todo el proceso el objeto central

Ante actuaciones administrativas materiales carentes de acto administrativo habilitante toca seguir el camino que orienta la LPCALE: interponer reclamación previa ante la Administración productora de la vía de hecho para provocar un acto administrativo expreso o un silencio administrativo, agotar la vía administrativa para luego poder acceder a la tutela del juez. Reconocidos autores son partidarios de que en estos casos la reclamación ante la propia Administración o la interposición directa de demanda en sede contencioso-administrativa resulte potestativo para el afectado¹⁵⁵.

Otra conducta administrativa que no se expresa mediante el dictado de actos administrativos son los supuestos en que la Administración viene obligada por el ordenamiento jurídico a realizar alguna acción, condenada a hacer o a abstenerse de hacer, e incumple ese deber; es la conducta conocida como inactividad material de la Administración. Son casos en los que puede exigirse de la Administración una prestación individual concreta, o en los que la acción administrativa beneficiará a un grupo indeterminado de sujetos. Adquiere relevancia en estos casos la actividad prestacional o de servicios públicos que la Administración debe llevar a cabo, y que no se expresa en muchos casos mediante resoluciones administrativas individualizadas y concretas. Nos referimos por ejemplo a que la administración local haya realizado obras de reparación en el sistema de acueductos y alcantarillado en la vía pública y dejase sin reparar los agujeros cavados en la avenida central; o que ante la ocurrencia de un desorden público no acude a restablecer la tranquilidad y la paz ciudadana. Supuestos como estos constituyen actividades materiales de ejecución de la Administración para las que el particular no requiere un acto administrativo individual como requisito de acceso al contencioso-administrativo, pues el título que obliga a la Administración es la propia norma. Nos atrevemos a citar un fragmento extenso de Alejandro Nieto que es ilustrativo del tópico en concreto y del que pueden aprovecharse varias ideas. Señala el autor: «De ordinario se admite que este sistema -el que el acto administrativo sea un supuesto de la actividad jurisdiccional- responde a una exigencia lógica deducida de la misma esencia de las instituciones, es decir, de la naturaleza revisora del control jurisdiccional. La esencia de la jurisdicción es revisar la actividad de la Administración; pero si ésta no ha actuado ¿qué es lo que va a revisar? El particular acude a los Tribunales para defenderse contra las agresiones de la Administración; pero si ésta no le ha agredido ¿para qué va a reclamar? La jurisdicción debe defender al Ordenamiento contra las infracciones de la Administración; pero si ésta no ha actuado ¿de qué infracciones se le va a defender?»

«Y, sin embargo, este tipo de reflexiones es radicalmente incorrecto. Es un recuerdo solapado de aquella mentalidad jurídico-política que concebía a la Administración como un instrumento de agresión, como un aparato peligroso, que cuando está inmóvil es inofensivo, y cuando actúa -y sólo cuando actúa- va ocasionando daños a las esferas privadas de los individuos. Pero esto no es así. En la actualidad se sabe ya de sobra que la Administración es un complejo

del debate, los objetivos y efectos jurídicos que llevan aparejados un pronunciamiento judicial que decreta la suspensión de la obra. No versa el conflicto sobre el derecho de propiedad del inmueble, sino sobre el poder de hecho que el recurrente detenta sobre la finca y que se erige en fundamento para que opere la protección judicial provisional del derecho de posesión del cual está investido, cuyo fundamento descansa en la conservación del orden primario de la sociedad, y en este caso en particular, en la obligación que posee la Administración de dejar constancia por escrito de sus decisiones administrativas y de comunicarlas a quienes son directamente afectados con ellas, so pena de verse inmerso con posterioridad en reclamación por responsabilidad patrimonial. La Administración está investida de toda competencia y potestad para realizar en el solar el proyecto constructivo que se trazó, y lo podrá realizar en la medida que ella misma lo estime pertinente, pues no puede frenar el mero interés privado del recurrente, los intereses públicos que se persiguen con la construcción de un edificio destinado a viviendas; sin embargo la actuación administrativa constituye una vía de hecho, entendiéndose como tal la actividad material que no posee el respaldo de un acto administrativo como título habilitador y dispositivo por la autoridad administrativa facultada de la realización de la obra en el lugar señalado y que está obligada la Administración a notificarle al recurrente a los meros efectos de informarle de la decisión tomada, prevenirlo de lo que va a suceder, darle tiempo prudencial para que retire sus bienes del lugar para ocasionarle el menor daño patrimonial posible. Los abundantes documentos presentados por la entidad administrativa son las correspondientes certificaciones emitidos por los órganos administrativos competentes manifestando su aquiescencia en la realización del proyecto, lo que acredita que la Administración ha seguido el procedimiento administrativo previsto al efecto y ha cumplido con los requisitos que prevé la legislación urbanística, sin embargo lo que era trascendental para el proceso no se acreditó: la existencia de un acto administrativo disponiendo la realización de la obra, con los pronunciamientos que entendiéndose procedente, emitido por la autoridad competente y notificado a la contraparte, como presupuesto para estimar su demanda incidental contra la decisión judicial de paralización de las obras».

¹⁵⁵ Confróntese en GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Acto administrativo y pretensión...", ob. cit.

institucional en el que se apoya y del que depende la vida entera de los ciudadanos. La famosa esfera privada no es intacta y retraída, sino el punto de cruce de constantes relaciones públicas. Ni social ni políticamente es imaginable ya una vida privada independiente. Es imposible marcar la frontera de la vida jurídico-privada por la sencilla razón de que la vida privada es inimaginable sin la intervención de la Administración. Esto es innegable. Ahora bien, lo que hace aun en estas condiciones la vida soportable y digna es que esta Administración no es algo absorbente y brutal, sino que está sometida a la Ley, ante cuya instancia superior el individuo se inclina sin repugnancia. No se trata ya -por poner un ejemplo- de que la policía no invada nuestro hogar en las horas de recogimiento nocturno; es que este recogimiento sería imposible sin el policía que vigila en la acera por nuestra seguridad y, más aún, sin el servicio municipal de electricidad (o la reglamentación del mismo), que nos permite leer nuestro libro, y sin la ordenanza de ruidos nocturnos, que impide al vecino que nos moleste con su radio, excesivamente potente. A la esencia de una buena Administración le corresponde no solamente el que el policía no allane nuestra morada, sino también el que nos garantice el servicio de luz y la paz y el silencio nocturnos». Concluye el autor diciendo que tal ilegal es la acción administrativa que invade nuestra esfera jurídico-privada como su inactividad ante supuestos en los que viene obligada a emprender algún tipo de conducta¹⁵⁶.

Para Cuba se hace necesario emprender una reformulación de aquella concepción dogmática de la justicia administrativa del modelo del contencioso-administrativo de segunda mitad del siglo XIX que concebía al Derecho administrativo como un Derecho contra la administración pública. No consideramos que para el caso cubano verse el cambio sobre una transformación radical de las estructuras hasta ahora existentes a las que se le atribuye la jurisdicción contencioso-administrativa, pero sí en una revisión a profundidad sobre los presupuestos de acceso al proceso. El acto administrativo debe seguir siendo materia de la actividad administrativa revisable ante el contencioso, pero no debe ser la única modalidad de la acción hacia la que se deba reconducirse toda la gama de formas en las que se expresa la función administrativa¹⁵⁷. Como en el caso anterior ésta es la opción que franquea la LPCALE: interponer reclamación administrativa para provocar un acto administrativo (expreso o por silencio administrativo), y agotar la vía administrativa para tener acceso al juez. El camino para alcanzar una tutela jurídica por parte del juez se nos presenta largo y fatigoso; téngase en cuenta que ante la lesión a derechos o intereses particulares, muchos de estos supuestos conductuales que puede adoptar la Administración exigen acciones de restablecimiento de la situación jurídica afectada que sean llevadas a cabo con rapidez o inmediatez, para lo que la LPCALE no brinda óptimas respuestas, y para las que incluso, en otras ocasiones, la vía procesal tampoco es totalmente idónea dada la celeridad de respuesta pública que exige la demanda de justicia¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Véase en NIETO, A., "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, no. 37, enero-abril 1962, p. 75-76.

¹⁵⁷ En esa línea puede consultarse a MAURER, H., *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, 2011, pág. 413 y ss.

¹⁵⁸ Para afrontar la tutela de situaciones de este tipo, el proceso administrativo se ha visto enriquecido con toda una gama de medidas cautelares que desbordan los tradicionales dogmas de la ejecución inmediata de las decisiones administrativas y la excepcionalidad de la suspensión del acto, medida que solo podría llevarse a cabo bajo determinados supuestos. Desde hace varias décadas la ciencia del Derecho procesal administrativo ha puesto en revisión los principios sobre los que se construyó el régimen cautelar del contencioso-administrativo del siglo XIX a los efectos de brindar respuestas de cara a una tutela jurisdiccional pronta y eficaz; las medidas cautelares en el contencioso-administrativo ha sido llamado por algún autor como el «tema de nuestro tiempo en la justicia administrativa». Si se desea una panorámica general del surgimiento de este proceso de revisión puede consultarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las Transformaciones de la Justicia...*, ob. cit., p. 92 y ss. Sobre las medidas cautelares puede consultarse al mismo autor en: *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, 2004. Llamamos la atención sobre el régimen de medidas cautelares en el contencioso-administrativo debido a que es otro de los temas pendientes para el Derecho cubano. El régimen cautelar que recoge la LPCALE para el proceso administrativo se basa en las reglas impuestas por la LCA. La única medida cautelar que reconoce nuestra legislación es la suspensión del acto administrativo bajo carácter excepcional y sujeta a prestación inmediata de fianza. En mayo de 2009 el Tribunal Supremo de Cuba dictó la Instrucción no. 191, por medio de la cual extendió el régimen de medidas cautelares que proporcionó el Decreto Ley no. 241 a la jurisdicción económica, hacia la jurisdicción civil. A partir de ese momento se engrosó el conjunto de medidas cautelares de los jueces civiles y se ampliaron sus facultades para la imposición e incluso determinación del tipo de medida y contenido concreto para el caso en particular. La extensión no tocó a la jurisdicción contencioso-administrativa, que continúa con la suspensión del acto como única medida cautelar. Las últimas investigaciones que sobre las medidas cautelares se ha realizado en nuestro país son: *Del régimen cautelar en el contexto del proceso civil cubano*, de PÉREZ GUTIÉRREZ, I., tesis presentada en opción al grado científico de doctor en ciencias jurídicas, Ciudad de La Habana, 2010 (tesis inédita); MARCHECO ACUÑA, B., "Del régimen de medidas cautelares y de

La exclusión de la discrecionalidad administrativa del contencioso-administrativo continúa cual titular de primera página de prensa para el Derecho público cubano. Se considera uno de sus tópicos centrales pues se erige en un filtro a través del cual se valora la dinámica de las relaciones Administración-particular en el marco que propicia el ejercicio de la función administrativa, así como la misma salud de una actividad pública que sin control de legalidad *ad extra* de la Administración pierde uno de los baremos con el que medir la eficiencia, proporcionalidad y rentabilidad de la acción administrativa. Debido a ello acudimos en el escenario jurídico cubano a un alza en la atención al tema por parte la doctrina *iusadministrativista*. La ya histórica exclusión de la discrecionalidad administrativa del control jurisdiccional por parte de las normas procesales ha tenido sus ecos hasta bien entrado el siglo XXI, en la voz de algún autor que mantuvo una concepción extralegal de la potestad discrecional¹⁵⁹. Sin embargo la posición mayoritaria por la doctrina cubana actual -oxigenada con construcciones técnico-jurídicas del Derecho administrativo más cercanas a estos tiempos- señala a la discrecionalidad administrativa como poder ejercido dentro de los marcos del ordenamiento jurídico y del Derecho, y por tanto, enjuiciable ante el contencioso-administrativo¹⁶⁰. A decir de **ARIAS GAYOSO**, a la potestad discrecional de la Administración le es intrínseca la noción de ordenación legal, de habilitación normativa previa a su ejercicio, configuración que siempre estará determinada por la intensidad en la regulación del ámbito de poder de actuación administrativa. La regulación de la discrecionalidad administrativa, tendrá como ingredientes elementos de naturaleza reglada, y será siempre una forma de actuación conferida a la Administración por el ordenamiento jurídico¹⁶¹.

La misma postura fue asumida por quien fuera el máximo exponente del Derecho administrativo en las primeras décadas posteriores a la instauración del Gobierno revolucionario en enero de 1959. El profesor Héctor **GARCINI GUERRA** en su manual de Derecho Administrativo -cuya segunda y última edición fue en 1986-, con expresas referencias a autores italianos como **FIORINI** y alemanes como **FORSTHOFF** concluye que cuando la Administración obra discrecionalmente debe limitarse al campo de actuación que la ley le señala, entre ello, a la finalidad que inspiró al legislador al dictado de la norma, y que la negativa a controlar jurisdiccionalmente los actos administrativos discrecionales constituye una «entelequia jurídica»¹⁶². Dos años después de publicarse el libro de **GARCINI**, el alto foro cubano, a razón de una consulta elevada por el Tribunal Provincial Popular de Villa Clara, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el concepto de la discrecionalidad administrativa y su diferencia con la potestad reglada, oportunidad en que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular hizo retroceder la ciencia del Derecho administrativo cubano en aproximadamente un siglo. Plasmado quedó en el Dictamen no. 284 de 1988 la definición de la discrecionalidad administrativa por el máximo órgano de justicia: «La potestad discrecional y la reglada -sostuvo el órgano judicial- por el contrario de lo que la Sala consultante estima, son facultades antagónicas. La primera consiste en la libre decisión, sin sujeción a norma alguna, del órgano que la disfruta, mientras que la reglada, constituye un acto de ejecución de la ley, vale decir, que el órgano que decida tiene que ajustarse a lo que en la legislación vigente en la materia se encuentra estatuido de conformidad con el artículo 657 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral»¹⁶³. De esta manera quedó truncada toda posibilidad de sentar una interpretación flexible de la LPCALE y más acorde a las

la ejecución de sentencias en el proceso administrativo cubano”, ob. cit.; y PÉREZ URQUIZA, Y., “La ejecución de sentencias en el proceso administrativo”, ob. cit.

¹⁵⁹ Véase así a CAÑIZARES ABELEDO, F. D., “Lo reglado y lo discrecional en lo administrativo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Ciudad de La Habana, 2002 (publicado también en CAÑIZARES ABELEDO, F. D., “Lo reglado y lo discrecional en lo administrativo”, en AA. VV., *Temas de Derecho Administrativo*, Tomo I, La Habana, 2006; autor al que parece seguir **CÁNOVAS GONZÁLEZ, D.**, “Licencia ambiental y Sistemas de responsabilidad”, en *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, ob. cit.

¹⁶⁰ Sobre ésta línea se sitúa **ARIAS GAYOSO, G.**, “La significación jurídica del principio de legalidad para la Administración Pública”, ob. cit.; de la misma autora: “Por los cauces de la discrecionalidad administrativa”, ob. cit.; En este mismo libro homenaje véase a **MARCHECO ACUÑA, B.**, “Los límites de lo contencioso-administrativo en Cuba”, en *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío...*, ob. cit. El primer exponente cubano que con posterioridad al triunfo de la Revolución consideró a la discrecionalidad administrativa como poder jurídico, es **GARCINI GUERRA, H.**, *Derecho Administrativo*, La Habana, 1986.

¹⁶¹ Consúltense en **ARIAS GAYOSO, G.**, “Por los cauces de la discrecionalidad administrativa”, ob. cit., p. 287-288.

¹⁶² Véase en **GARCINI GUERRA, H.**, *Derecho Administrativo*, ob. cit. p. 88.

¹⁶³ Dictamen no. 284 de 1988 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba (copia para uso de servicio).

propias necesidades de la sociedad y la administración pública cubanas, de cara a habilitar el control judicial de la actividad administrativa discrecional. El dictamen no. 284 de 1988 ha sido calificado por algún autor nacional como «la mayor pifia del Tribunal Supremo en el siglo XX», frase con la que se quiere hacer ver que para el momento en que tuvo ocasión de pronunciarse el foro cubano, era una cuestión pacífica y consolidada en la dogmática *iusadministrativa* la justiciabilidad en sede jurisdiccional de la actividad discrecional de la administración pública.

La discrecionalidad administrativa y el control jurisdiccional de la función administrativa son figuras jurídicas que se hallan en íntima relación. En función de lo que se entienda sobre la primera así resultará reducido o ampliado el contenido y los poderes del que juzga en la segunda. Siendo el contencioso-administrativo un espacio donde se revisa la actividad jurídica de la Administración, no es procedente eximir a la actividad discrecional de ese espacio bajo el fundamento de su ejercicio en ámbitos no regulados, pues hemos visto a través de la jurisprudencia cubana de primera mitad del siglo XX que la discrecionalidad comenzaba a operar con mayor protagonismo en espacios de regulación que dejaban amplias facultades de decisión a la Administración. La discrecionalidad administrativa ha dejado de ser un poder ejercido en ausencia de norma legal para devenir en una modalidad de la acción administrativa que opera en escenarios ajustados, o modulados por el legislador. Deja de ser un poder de libre actuación ajeno al Derecho para ser una categoría estrechamente vinculada y dependiente de la política regulatoria. En dependencia de las técnicas que se empleen en la regulación así se mostrará y tomará cuerpo, intensidad o amplitud la discrecionalidad de la Administración, discrecionalidad que tendrá cabida en los marcos de una norma. Junto al esquema tradicional de la construcción normativa de la legalidad administrativa creado a partir de la división de la norma en supuestos de hechos y consecuencias jurídicas¹⁶⁴, asistimos a nuevas formas de legislar que establecen otras formas de dirigir la actividad de la Administración. Algunos ejemplos son puestos de relieve por **SCHMIDT-ASSMANN** para quien las leyes pueden «introducir conceptos legales abiertos y presupuestos de hecho abiertos; cláusulas y mandatos de ponderación de los bienes y valores en presencia, característicos del planeamiento territorial; determinación de los fines y objetivos, garantías de resultado; o habilitaciones legales por las que se le atribuyen a la Administración márgenes de apreciación y valoración de carácter técnico¹⁶⁵». A contrario de lo que se plasma en el aludido dictamen, la discrecionalidad administrativa es -como razona **SCHMIDT-ASSMANN**- «...concreción o aplicación del Derecho, aunque se trate de una variante o de una forma especial de aplicar la Ley y el Derecho. La discrecionalidad administrativa constituye la expresión cifrada de una forma especial de dirigir a la Administración por medio de la ponderación. Con el concepto de discrecionalidad se hace referencia a la *estructura jurídica* en que se concreta un modelo de acción de la Administración pública, caracterizado de ordinario por una mayor apertura. En consecuencia, la discrecionalidad es un *concepto jurídico* y no sólo un ámbito de libre configuración política».

Pero en el supuesto caso de que no exista norma aplicable al caso, de que nos encontremos ante una laguna legislativa, ante un espacio no regulado (que es al que hace referencia el dictamen), la Administración no está habilitada a actuar a su libre arbitrio pues existen reglas, principios o directrices jurídicas que actúan como límites, o guía que muestra el camino de la decisión a tomar en el caso concreto. Tanto para este caso como para el anterior, vale tomar en cuenta que la relevancia y el sentido que se le está dando a los criterios extrajurídicos en poder de la Administración para adoptar sus decisiones, tales como la oportunidad política, económica, y demás circunstancias e intereses que pueden intervenir en el caso. Ante una tendencia doctrinal que exime de valoración judicial los criterios de oportunidad administrativos, otra corriente teórica se dedica a depurar el concepto y dimensiones de la discrecionalidad llevando a sus máximas consecuencias el carácter jurídico de la categoría. Desde esta perspectiva los criterios extrajurídicos que introduce la Administración en su acción

¹⁶⁴ Véase a **GARCÍA DE ENTERRÍA, E.**, y **FERNÁNDEZ, T. R.**, *Curso de Derecho Administrativo. I*, Navarra, 2011.

¹⁶⁵ Puede consultarse en **SCHMIDT-ASSMANN, E.**, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos...», ob. cit., p. 90. A criterio del autor la teoría de aplicación o concreción del Derecho, más allá de la técnica tradicional de concreción de supuesto de hecho y atribución de una consecuencia jurídica, ha de contener un conjunto de supuestos mucho más matizados para poder dar respuesta a los distintos escenarios y situaciones en los que la Administración ha de resolver.

cotidiana y en la toma de decisiones no están tan ajenos al Derecho como algunos piensan. Además de los límites tradicionales como la competencia, los hechos probados, los requisitos procedimentales y de forma, existen otras directrices que corrigen las decisiones concretas encauzándolas según criterios de oportunidad dotados también de «sabor» jurídico, y pueden llegar a adquirir reconocimiento en el orden positivo. La exigencia de racionalidad de la acción pública, o parámetros como la eficiencia en las decisiones, la ponderación de intereses en función de la proporcionalidad de la decisión, la optimización de las ventajas y minimización de los inconvenientes, las valoraciones y cálculos de probabilidades de resultados lo más acorde posible a la realidad de los hechos, la determinación más certera posible de la evolución futura de las consecuencias de la decisión, son algunas de las reglas jurídicas que limitan la discrecionalidad de la Administración, junto a los tradicionales límites.

Si miramos a la regulación de la acción administrativa veremos que el antagonismo puro reglado/discrecional lo encontramos con mayor frecuencia diluido por la incorporación de elementos del bando opuesto. Junto a las decisiones puras en sus dos variantes, es habitual también que los actos administrativos contengan elementos de cada tipo, entremezclándose unos con otros y dando fruto a la decisión. El tránsito que se produce desde los actos reglados hacia la amalgama de discrecionalidad con condiciones regladas en las decisiones de la Administración, está en función de la importancia y trascendencia hacia la esfera de lo público de la actividad que se realiza, ya sea que se lleve a cabo por la propia Administración o por un administrado. Cuando se hallan en juego intereses públicos y privados, nos toparemos con una regulación que ordena la actividad administrativa con elementos reglados y discrecionales, dando lugar en muchas ocasiones a decisiones en las que fue necesario no una básica subsunción del caso material al supuesto de hecho dibujado en la norma, sino un ejercicio de ponderación de intereses según las circunstancias y condiciones del caso concreto.

En nuestras salas de justicia de lo contencioso-administrativo se conocen y resuelven demandas sobre impugnaciones de actos administrativos que contemplan elementos de ambos tipos. Baste leer la legislación inmobiliaria hasta hace poco vigente sobre autorizaciones administrativas en materia de actos traslativos del dominio de bienes inmuebles, o la normativa relativa a la autorización de inscripción de marcas, o la del otorgamiento de patentes de invención, por poner algunos ejemplos, para percatarnos de la abundancia de elementos discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados presentes en muchos de los preceptos, que le otorgan un margen de valoración a la Administración ejercido por ésta junto a la constatación de circunstancias de carácter reglado. Las Salas de Justicia generalmente declaran la falta de jurisdicción para conocer el asunto cuando es muy evidente la discrecionalidad como pauta de comportamiento de la Administración, apreciada por el juzgador, generalmente, por el otorgamiento normativo de amplias facultades de decisión a la autoridad.

Esbozados están algunos de los fundamentos históricos del recurso de plena jurisdicción y de otros presupuestos de acceso al contencioso-administrativo en Cuba. Se ha brindado un bosquejo sobre algunos de los argumentos teóricos que pueden tenerse en cuenta si se desea fundamentar la modificación, en pos de perfeccionamiento, del contencioso-administrativo. Queda sin embargo mucho por hacer al respecto. Otros aspectos del proceso administrativo, a los cuales no se ha hecho referencia en el trabajo, demandan atención, y son tan cruciales como las figuras que hemos abordado. El reducido espacio dedicado a la temática que se aborda y los objetivos que nos propusimos impiden que nos adentremos en esos tópicos, pero la exclusión de los actos de gobierno, el régimen cautelar en el proceso administrativo, la desaparición de las excepciones dilatorias, el trámite de ejecución de sentencias, son algunos de los ejes temáticos que reclaman atención doctrinal urgente en busca de su oxigenación, pues su regulación pertenece también al modelo decimonónico de justicia administrativa implantado por la LCA. Respecto a las excepciones dilatorias sería interesante indagar sobre su aplicación o no al proceso administrativo, vista la remisión al proceso ordinario civil que indica la LPCALE para todas aquellas cuestiones no previstas en el contencioso-administrativo, y la extinción de la figura del proceso administrativo por criterio consolidado en los órganos judiciales. Con todo ello, guardamos sin dudas una deuda con el Derecho público cubano.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE DE TEJADA, M., "Artículos 120 y 121 del Capítulo 6° de la Real Cédula de 30 de Enero de 1855". Revista de Jurisprudencia, La Habana, 1856.

ALFARO Y LAFUENTE, S., "Tratado completo de lo contencioso-administrativo o sea lecciones dadas sobre los principios generales, legislación, jurisprudencia y procedimientos de esta materia en la academia matritense de jurisprudencia y legislación durante el curso de 1873 a 1874", Madrid, 1875.

"Lo contencioso-administrativo. Su materia, sus tribunales, sus procedimientos", Madrid, 1881.

ALONSO ROMERO, M. P., "Cuba, provincia asimilada: 1878-1898" (en "Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas", Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano, Cuenca, 2002).

"Cuba en la España liberal (1837-1898)", Madrid, 2002.

"Entre asimilación y autonomía: la política colonial española para Cuba y Puerto Rico durante el siglo XIX", Milano, 2005.

"La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes" (en Cuadernos de Derecho Judicial (Separata), VII-2008).

ÁLVAREZ TABÍO, F., "El proceso contencioso-administrativo. Doctrina, legislación, jurisprudencia", La Habana, 1954.

ARIAS GAYOSO, G., "Reflexiones en torno al principio de legalidad y la potestad discrecional de la Administración Pública". Revista Jurídica, Tercera época, Año 1, no. 2, julio-diciembre 2008, Ciudad de La Habana.

"A vueltas con la discrecionalidad administrativa". Novum jus (Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia), vol. 4, no. 1, enero-junio, 2010, Bogotá, D.C.

"La significación jurídica del principio de legalidad para la Administración Pública" (en "Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté", Ciudad de La Habana-Palma (Mallorca), 2009).

"Por los cauces de la discrecionalidad administrativa" (en "El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío", Ciudad de La Habana, 2011).

"La discrecionalidad administrativa y su control en el ordenamiento jurídico cubano", tesis doctoral inédita, Santiago de Cuba, 2011.

BAHAMONDE RODRÍGUEZ, S. A., "La propiedad en el constitucionalismo del siglo XIX cubano: una visión histórico-jurídica", tesis doctoral inédita, Ciudad de La Habana, 2011.

BENOIT, F. P., "El Derecho Administrativo francés", Madrid, 1977.

BETANCOURT, A. C., "Nueva edición del procedimiento contencioso-administrativo vigente en la República de Cuba", La Habana, 1916.

“Jurisprudencia cubana. Prontuario por orden alfabético de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de la República de Cuba”, 1909-1918, tomo II, Habana, 1929.

CABALLERO MONTES, J. M., “Lo contencioso-administrativo”, tomo I, Zaragoza, 1902.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, D., “Licencia ambiental y Sistemas de responsabilidad” (en “El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío”, Ciudad de La Habana, 2011).

CAÑIZARES ABELEDO, F. D., “Lo reglado y lo discrecional en lo administrativo” (en AA.VV., “Estudios de Derecho Administrativo cubano”, Ciudad de La Habana, 2002).

CÁRDENAS, R., “Evolución del Derecho cubano”. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, no. 33, enero-febrero-marzo 1947, tomo IX, México, D.F.

CARRERAS, J. A., “Cuba: contradicciones de clase en el siglo XIX”, Ciudad de La Habana, 1985.

“Historia del Estado y el Derecho en Cuba”, Ciudad de La Habana, 1990.

DEL CUETO, J. A., “Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales el 1º de septiembre de 1917”, Habana, 1917.

DE MONTAGU, G., “Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Cuba en materia civil, hipotecaria, contencioso-administrativa y de inconstitucionalidad”, tomo III (1929-1933), La Habana, 1944.

“Origen y formación del proceso civil moderno”, Habana, 1951.

DE PASO Y DELGADO, N., “Exposición histórico exegética de la teoría de los procedimientos contencioso-administrativos de España y sus posesiones de Ultramar”, Madrid, 1889.

DÍAZ CRUZ, Jr., M., “Un caso de excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción en materia contencioso-administrativa”. Repertorio Judicial, no. 10, Octubre/1940, La Habana.

DÍAZ UFANO y NEGRILLO, J., “Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la península y ultramar”, Madrid, 1866.

DOLZ ARANGO, R., “Programa de Derecho Procesal Civil, Penal, Canónico y Administrativo. Teoría y práctica de redacción de instrumentos públicos”, Habana, 1896.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J., “Historia del Estado y Derecho en Cuba”, Ciudad de La Habana, 2005.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., “La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)”, Madrid, 1998.

GALLOSTRA Y FRAU, J., “Lo contencioso-administrativo”, Madrid, 1881.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La configuración del recurso de lesividad”. Revista de Administración Pública, no. 15, septiembre-diciembre 1954.

“Revolución francesa y administración contemporánea”, Madrid, 1998.

“La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español”, Madrid, 2004.

“Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?”, Navarra, 2007.

Y FERNÁNDEZ, T., R., “Curso de Derecho Administrativo. II”, Navarra, 2011.

GARCINI GUERRA, H., “Derecho Administrativo”, La Habana, 1986.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acto administrativo y pretensión procesal” (en “Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI”, México, 2002).

GOVÍN Y TORRES, A., “Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba”, tomo I, II, III, La Habana, 1882-1954.

HAURIUO, M., “Obras escogidas”, Madrid, 1976.

“Principios de Derecho Público y Constitucional”, Madrid, 1927.

HERNÁNDEZ MÁ, O., “Historia del Estado y el Derecho en Cuba”, Santiago de Cuba, 1974.

LAFERRIERE, E., “Traité de la juridiction administratif et des recours contentieux”, tome premier y tome second, Paris, 1887.

LEZCANO CALCINES, J. R., “El procedimiento administrativo” (en AA.VV., “Estudios de Derecho Administrativo cubano”, Ciudad de La Habana, 2002).

LORENTE, M., “División de poderes y contencioso de la administración: una -breve- historia comparada” (en “Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano”, México, 2010).

MARCHECO ACUÑA, B., “El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba”. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana Colombia, vol. 39, no. 110, enero-junio 2009.

“Del régimen de medidas cautelares y de la ejecución de sentencias en el proceso administrativo cubano” (en “Panorama del Derecho procesal hispanocubano”, Valencia, 2012).

MARTÍN REBOLLO, L., “El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888”, Madrid, 1975.

MARTÍN-RETORTILLO, C., “Nuevas notas sobre lo contencioso administrativo”, Madrid, 1951.

MARTÍN-RETORTILLO, L., “Unidad de jurisdicción para la administración pública”. Revista de Administración Pública, no. 49, enero-abril 1966.

MATILLA CORREA, A., (compilador), “Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)”, México, 2009.

(coordinador), “El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas”, Ciudad de La Habana, 2011

“Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba”, Madrid, 2011.

“La justicia administrativa en Cuba: inicios y evolución hasta la primera intervención norteamericana” (en “El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío”, Ciudad de La Habana, 2011).

“Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba” (en “Derecho Administrativo en Iberoamérica”, en proceso de edición).

“Breve historia de la justicia administrativa en Cuba” (trabajo inédito).

y VILLABELLA ARMENGOL, C. M., (compiladores), “Guáimaro. Alborada en la historia constitucional cubana, Edición conmemorativa en el 140 Aniversario de la Constitución de Guáimaro”, Camagüey, 2009.

y MASSÓ GARROTE, M. F., (coordinadores), “De Cádiz (1812) a La Habana (2012). Escritos con motivo del bicentenario de la Constitución española de 1812”, Ciudad de La Habana, 2011.

MAURER, H., “Derecho Administrativo. Parte General”, Madrid, 2011.

MORENO, F., “La Administración. Sus procedimientos”, Habana, 1886.

MORILLA, J. M., “Tratado de Derecho Administrativo Español”, tomo I, La Habana, 1865.

NIETO, A., “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”. Revista de Administración Pública, no. 37, enero-abril 1962.

“Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”. Revista de Administración Pública, no. 50, mayo-agosto 1966.

“Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo”. Revista de Administración Pública, no. 57, septiembre-diciembre, 1968.

PÉREZ GUTIÉRREZ, I., “Del régimen cautelar en el contexto del proceso civil cubano”, tesis doctoral inédita, Ciudad de La Habana, 2010.

PÉREZ MOLINA, M., “El Poder Legislativo VI”. Revista de Legislación y Jurisprudencia El Foro cubano, no. 19, Año I, 10 de marzo de 1875.

PÉREZ URQUIZA, Y., “La revisión judicial de los actos de la Administración Tributaria en Cuba”, tesis doctoral inédita, Santiago de Cuba, 2011.

“La ejecución de sentencias en el proceso administrativo” (en “Panorama del Derecho procesal hispanocubano”, Valencia, 2012).

POSADA HERRERA, J., “Lecciones de Administración”, tomo I, Madrid.

PRUDENCIO LÓPEZ, A., “Reseña histórica del Derecho de Ultramar”, La Habana, 1864.

RAMÍREZ OLIVELLA, G., “Legislación contencioso-administrativa con toda la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Cuba desde su creación hasta la fecha”, La Habana, 1943.

“Diccionario de Jurisprudencia contencioso-administrativa. Repertorio por orden alfabético de materias de todas las decisiones del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación, apelación y queja en la jurisdicción contencioso-administrativa”, tomo V, La Habana, 1953.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V., “Curso de Derecho Administrativo según principios generales y legislación actual de España”, Madrid, 1888.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, en Revista de Administración Pública, no. 77, mayo-agosto 1975.

“Fundamentos de Derecho Administrativo I”, Madrid, 1988.

“Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)”, Madrid, 2006.

SCHMIDT-ABMANN, E., “La teoría general del Derecho Administrativo como sistema”, Madrid, 2003.

“Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos” (en “Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo”, Sevilla, 2006).

SEGURAY CABRERA, A., “Concepto técnico de la caducidad”. Revista General de Derecho, tercera época, año IX, tomo XIII, 1892.

“Ensayo de un programa para el estudio de lo contencioso-administrativo”. Revista del Foro, tomo II, segunda época, 1894.

SERRANO GUIRADO, E., “Contencioso-Administrativo”. Revista de Administración Pública, no. 2, mayo-agosto 1950.

“Contencioso-Administrativo”. Revista de Administración Pública, no. 4, enero-abril 1951.

“El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado”. Revista de Administración Pública, no. 10, enero-abril 1953.

SERRIGNY, M., “Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure contentieuse administrative, dans leur rapports avec le droit civil”, tome I, Paris, 1865.

TOMÁS Y VALIENTE, F., “Manual de Historia del Derecho Español” (en “Obras completas”, tomo II, Madrid, 1997).

“Consejo de Estado: Fondos de Ultramar (1835-1903)” (en “Obras Completas”, tomo V, Madrid, 1997).

VEDEL, G., “Derecho Administrativo”, Madrid, 1980.

VICENTE TEJERA, D., “Estado de la legislación cubana y de la influencia que ejerzan en ella la de España y la de otros países”, Madrid, 1925.

VIDAL Y SABATÉS, E., “La Real Cédula de 30 de enero de 1855 anotada con arreglo a la legislación vigente en Filipinas”, Manila, 1883.

VILLABELLAARMENGOL, C. M., “Historia Constitucional y poder político en Cuba”, Camagüey, 2009

(compilador), “Hitos constitucionales del siglo XIX cubano”, Camagüey, 2011.

VIVIEN, M., “Estudios Administrativos”, tomo I, Madrid, 1854,

