Derechos y Garantías en Cuba: fundamentación y propuesta.

Ponencia SELA 2013

Julio César Guanche y Julio Antonio Fernández Estrada.
Cuba.

El nivel de desviación de un sistema institucional respecto al orden normativo que lo genera es medida de la legitimidad del conjunto del sistema, pues define la coherencia con que relaciona sus fines y sus medios. Como muchos otros, el constitucionalismo cubano cuenta la historia de su particular desviación, la tradición de siglos resumida en Cuba con la frase «la ley se acata, pero no se cumple».

La Revolución cubana triunfante en 1959 posee un rasgo de gran persistencia en la cultura política de las revoluciones: «no se hace la revolución con el Derecho sino con la política». La tentación de buscar la libertad fuera de la ley reapareció en la forma del nihilismo hacia lo jurídico, la desvalorización del papel del Derecho y de la cultura jurídica, al punto de pensarse la Revolución al margen del Derecho: si las garantías materiales de los derechos eran las esenciales, resultaba superflua su cobertura formal, si no superfluo el Derecho completo para poder seguir el ritmo y la escala de las transformaciones sociales.[1] No faltaron las voces en el desierto: «…constituye un gravísimo error sostener que, por la misma razón que el Derecho es forma de expresión e instrumento de aplicación política, es lícito apartarse de sus preceptos normativos por consideraciones de carácter político», que no

[1] Ver Hugo Azcuy, «Revolución y derechos», *Cuadernos de Nuestra América*, Vol. XII No. 23, enero-junio 1995, pp. 145-155

consiguieron modificar el curso del problema.[2] En el plano de la ciudadanía, esto se expresaba en un hecho: la ciudadanía no podía gozar de la abstracción jurídica que le caracteriza. La concesión de derechos políticos no se otorgaría según la condición legal del ciudadano sino a través del estatus político del revolucionario.

El poder constituido en 1976: «el Estado popular»

Con la promulgación de la Constitución Socialista el 24 de febrero de 1976, por el voto libre, directo y secreto del 97,7% del electorado, el Estado cubano organizó el sistema institucional demandado por aquellas constataciones. Avanzó hacia un Estado socialista de Derecho, que habilitaba procedimientos legítimos para la elaboración de las normas de funcionamiento del sistema y proclamaba su voluntad de someterse a ellas.[3]

Dictada en el apogeo de la era en que la Revolución cubana reconstruía el perfil del socialismo bajo la influencia de la URSS, en la ideología del «Estado de todo el pueblo» o del «Estado Popular», el texto de 1976 consagra, entre otros, los siguientes principios: forma de Estado republicana, democrática y unitaria, organizada como un sistema de poder popular a nivel nacional y local, en provincias y municipios —estos últimos con escasa autonomía; diseño institucional asambleario, con gran concentración de prerrogativas legales para el máximo órgano de poder estatal —modelo ni presidencialista ni parlamentario—, integrado a la medida de instituciones del «socialismo real»; protagonismo esencial del Estado en el sistema político de la sociedad y sistema centralizado de dirección; reconocimiento constitucional expreso del PCC como la fuerza dirigente de la sociedad y el Estado; enumeración constitucional cerrada de las organizaciones políticas y de masas; consagración de la propiedad estatal socialista por exclusión de todo lo que no resultase propiedad del

[2] Fernando ÁlvarezTabío, *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989, p 56.
[3] Ver Julio Fernández Bulté, «Tras las pistas de la Revolución en cuarenta años de Derecho», *Temas*, No. 16-17, octubre 1998-junio 1999, pp 104-119

pequeño agricultor, propiedad personal, de las cooperativas o de las organizaciones sociales y de masas (las cuatro formas de propiedad reconocidas en exclusiva por la Constitución, además de la estatal)*;* principios de la unidad de poder y del centralismo democrático como eje funcional del aparato estatal; regulación especial sobre los derechos políticos, civiles, económicos, culturales, y sobre la familia; reconocimiento del internacionalismo proletario y del derecho de asilo político a luchadores contra el colonialismo y otras formas de explotación, creación de un sistema institucional de poder popular —en el cual introdujo creaciones auténticas no existentes en el campo socialista real ni en la tradición liberal— matizado con elementos del «mandato imperativo» (nominación directa de candidatos por el pueblo y su posterior elección directa en asambleas municipales, revocación de delegados y diputados, régimen participativo a nivel local con rendición de cuentas a los electores), así como de colegialidad y de renovabilidad de los órganos del Estado.

La reforma constitucional de 1992: refundar el socialismo

La caída del campo socialista esteeuropeo lanzó a Cuba a una de las crisis más profundas de su historia. El modelo institucional cubano, y su orden normativo, semejaban la sonrisa del gato de Cheshire: el gato ya no estaba, pero se podía aún divisar su sonrisa. Sin el referente ideológico, ni el proyecto material que lo sustentaba, buena parte de los ideologemas plasmados en la Constitución de 1976 quedaba colgada literalmente del aire.

El desempeño del período 1986-1996 cuestionó las bases del anterior modelo de organización política. El nuevo diseño —promovido «desde arriba» y forzado «desde abajo»— colocó la «apertura política» como clave de la gobernabilidad. Entendió «apertura» como la voluntad de: afirmar un rumbo socialista opuesto a las reformas en los países del Este, vistas sus consecuencias; distribuir los costos de la crisis a escala social; capitalizar los valores de justicia social y de independencia nacional; desasir la política del yugo de la

«doctrina oficial»; recuperar tradiciones de pensamiento sobre la nación; adelantar la distinción entre Estado —laico ahora por demás— y Partido; reevaluar el papel del mercado en el socialismo; avanzar en eludir la sobreimposición estatal en el ámbito de lo social; encontrar espacios de resolución de problemas por vías autogestionarias de la iniciativa individual, grupal y familiar; expandir la posibilidad de una relación menos dependiente con el Estado contra la inoperancia de este; «nacionalizar» el Estado sobre su carácter «clasista», franquear el pensamiento social a la exploración de alternativas; habilitar formas de propiedad alternativas a la estatal; promover la participación ciudadana en el debate sobre la agenda de cambios; descentralizar aspectos de la gestión de los poderes populares, disminuir el presupuesto estatal para la defensa, a partir de formas de financiamiento propias para el sector militar; entre otra serie de claves que consiguieron lo esencial: detener la caída y relanzar un proyecto de sobrevivencia y desarrollo a partir de la segunda mitad de los años noventa.

La reforma constitucional no solo despojó la redacción del texto de la prosa ideológica florida propia de 1976, sino que 1.- modificó el régimen de la propiedad, pues aprobó la inversión extranjera (salvando el problema constitucional creado por el Decreto Ley 50 de inversiones extranjeras de 1982, que permitía tal inversión sin base en la carta magna —y que tuvo escasa aplicación—), limitó la propiedad estatal a los medios *fundamentales* de producción, y permitió indirectamente que la propiedad de medios de producción fuese detentada por personas naturales, creando técnicamente la figura de la propiedad privada en el texto constitucional[4]; 2.- alteró la base social del Estado tanto como su confesionalidad, al eliminar su carácter clasista y ateo y comprometerse «con todos y para el bien de todos», y contra la discriminación por motivos de religión; 3.- trocó la definición sobre el carácter ideológico del PCC, que dejó su estatus como «vanguardia organizada de la

[4] Hugo Azcuy, «Cuba: reforma constitucional o nueva Constitución», *Cuadernos de Nuestra América*, Vol.XI, No. 22, julio-diciembre, 1994, p. 51

clase obrera» a favor de la prédica martiana sobre el partido de la nación republicana en comunión con el marxismo, 4.- eliminó las referencias a la «unidad de poder» y al «centralismo democrático», como criterios de organización funcional del Estado; 5.- exigió elecciones directas para la integración de las asambleas provinciales y la asamblea nacional, 6.- evitó la consagración de los nombres de las organizaciones sociales y de masas, permitiendo la creación de nuevas concertaciones y 7.- abandonó el desempeño, como función *exclusiva* del Estado, del comercio exterior con la descentralización de su gestión, además de establecer el Estado de Emergencia, hasta hoy nunca declarado, regulado por la Ley de Defensa Nacional, norma que no precisa las condiciones en las que ha de declararse la situación, entre otros cambios significativos.

Sin embargo, veinte años después de la reforma, esta no ha producido aún parte importante de las posibilidades contenidas en su ley. Antes bien, ni siquiera se observa como un problema el campo constitucional en el país. El uso expreso de la Constitución entre los funcionarios del estado y entre la ciudadanía es prácticamente nulo: no existe una reflexión, sistematizada y publicada, en el medio intelectual sobre el estatuto y las consecuencias abiertas por la reforma de 1992 —ni sobre el constitucionalismo cubano en general—, no aparece como tema en el discurso oficial y es muy probable que buena parte de la ciudadanía desconozca el texto constitucional. Una encuesta realizada en 1987 en 12 provincias del país, que alcanzó a 11 grupos comprensivos de la casi totalidad de la población, arrojó que las 2/3 partes de los encuestados desconocían la Constitución como la ley más importante del país, lo que incluía en este dato 44,5 % del universo de los dirigentes.[5] La información existente hoy sobre el tema no es accesible al público, pero la percepción popular parece indicar que al menos es tan grave como entonces.

[5] Citada en Hugo Azcuy, «Revolución y derechos», *Cuadernos de Nuestra América*, Vol. XII No. 23, enero-junio 1995, pp. 145-155, cita en p. 150

En la coyuntura posterior al 24 de febrero de 2008, con la elección de un nuevo presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, Raúl Castro Ruz, el tema del fortalecimiento de la institucionalidad ha sido declarado como una de las prioridades gubernamentales, junto a la producción de alimentos.[6] En este horizonte, se han creado nuevas comisiones de trabajo de la ANPP, se han descentralizado decisiones hacia los municipios, como la creación de las delegaciones municipales de la agricultura, se ha realizado el VI Congreso del PCC del que resultaron Lineamientos de la Política Económica y Social del Estado para los próximos cinco años, se ha avanzado en la modificación de normativas que frenaban el desarrollo elemental del tráfico jurídico, dígase compraventa de viviendas, de autos, reforma agraria a favor de entrega de tierras en usufructo a pequeños campesinos, experimento de reforma del Estado a nivel local en las provincias de Artemisa y Mayabeque, aumento de las actividades permitidas de trabajo por cuenta propia, aprobación de nueva Ley Tributaria, y anuncio de que la Constitución deberá ser reformada cuando sea "pertinente" hacerlo.

Más poder, más popular: completar desde el pueblo el orden constitucional

En 2002, una nueva reforma constitucional, la última realizada hasta la fecha, fijó el carácter permanente e irrevocable del sistema socialista en el país.[7]

---

[6] Ver Discurso de Raúl Castro Ruz de 24 de febrero de 2008

[7] El propio texto de la reforma, consagra así, en una Disposición Especial, el proceso que llevó a la reforma: «El pueblo de Cuba, casi en su totalidad, expresó entre los días 15 y 18 del mes de junio del 2002, su más decidido apoyo al proyecto de reforma constitucional propuesto por las organizaciones de masas en asamblea extraordinaria de todas sus direcciones nacionales que había tenido lugar el día 10 del propio mes de junio, en el cual se ratifica en todas sus partes la Constitución de la República y se propone que el carácter socialista y el sistema político y social contenido en ella sean declarados irrevocables, como digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de Estados Unidos el 20 de mayo del 2002». La reforma modificó los artículos 3, 11 y 137 del texto constitucional. El sentido de la reforma queda explicado en este párrafo del nuevo artículo 3: «El socialismo y el sistema político y social revolucionario establecido en esta Constitución, probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido y habiendo demostrado su capacidad de transformar el país y crear una sociedad enteramente nueva y justa, es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo». (*Granma*, 27 de junio de 2002)

La argumentación seguida en este texto ha sostenido que solo la práctica política puede *producir* realidades socialistas, mientras que la consagración constitucional contribuye a *reproducirlas:* no basta el derecho sin la política, como no basta la política sin el derecho. La Constitución no tiene poderes demiúrgicos. Un proyecto de transformación social fundamental se realiza tanto en el territorio de la cultura jurídica y del derecho, como en el de las políticas materiales que, con la Constitución como promotor y garante institucional, profundicen el ejercicio de poder popular.

En ese horizonte, afirmamos que el principal problema, en sentido jurídico estricto, que posee la Constitución de 1976, con sus reformas en 1992 y 2002, para reproducir posibilidades socialistas, es una carga que arrastra desde su génesis: la falta de mecanismos de defensa constitucional para proteger tanto el sistema institucional como para la realización más efectiva del vasto catálogo de derechos individuales que establece. Esto es, la imposibilidad de asegurar *desde el lugar del ciudadano* el cumplimiento de la ley, más allá de la voluntad del Estado de hacerla cumplir.

La ausencia de tales recursos se explica por el entendimiento que sobre el Estado heredó la Constitución de 1976 de «la doctrina victoriosa del marxismo leninismo» —como aseguraba su preámbulo. Si el Estado es «de todo el pueblo» resulta superfluo, desde todo punto, la defensa ejercible por acción ciudadana, individual o colectiva, contra la actividad estatal. Con las reformas constitucionales de 1992 y 2002 se mantuvo intacto el problema consagrado en 1976: el sistema regulaba el acceso *al* poder, pero no los derechos *ante* el poder, ni los derechos *del* poder, ni el control *del* poder.

La fortaleza socialista del Estado cubano no queda asegurada por el artículo primero del texto reformado en 1992: «Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y

colectivo y la solidaridad humana» ni por la declaración de principios de la reforma de 2002. Por otra parte, la construcción del socialismo no es cuestión de una política que tenga como único agente al Estado, sino a una multiplicidad de actores articulados para tal fin. Aquí nos interesa solo destacar una necesidad vital: la organización institucional del régimen de la ciudadanía: su empoderamiento político y jurídico para hacer efectivas sus prerrogativas. La defensa del sistema institucional y del catálogo de derechos y deberes no es solo un deber sino también un derecho político del ciudadano: de la acción político-jurídica ciudadana.

La Constitución es el estatuto jurídico de un proyecto político.[8] Si el poder estatal tiene, además, la legitimidad de origen con que cuenta el cubano, la defensa de la Constitución es asimismo defensa del proyecto político del socialismo. El ejercicio de los derechos fundamentales —a través de la serie de su reconocimiento constitucional, de las políticas sociales que los aseguran materialmente y del sistema de garantías jurídicas suficiente para hacerlos efectivos en casos de violación o incumplimiento— es, en los hechos, socialización del poder.

La crítica del «constitucionalismo socialista»

El carácter normativo del Derecho

El carácter normativo del Derecho fue el gran tema en disputa del «constitucionalismo socialista», expresado en la reducción del Derecho a mera política, bajo los términos de «finalismo revolucionario» *vs* «legalidad revolucionaria».

Los términos se localizan en una polémica de 1925. Solts, un alto cargo del partido comunista de la URSS, al discutir con el jurista Krylenko afirmó la prioridad del fin

[8] Ver Julio FernándezBulté: «Los desafíos de la justicia constitucional en América Latina en los umbrales del siglo XXI», *Revista Cubana de Derecho.* No11, 1996; Pedro Néstor Sagués, *Crisis de la supremacía constitucional*, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol 46, números 1, 2 y 3, 1986, Perú; Martha Prieto Valdés, «*El Derecho, La Constitución y la interpretación*», en Leonardo Pérez Gallardo (comp.), *Perspectiva del Derecho cubano actual*, tomo 1, Editorial Reus, Madrid, 2006.

revolucionario y, en consecuencia, la primacía de la política respecto de la ley. Para Solts, el funcionario y el juez quedaban autorizados a no aplicar la ley tras enarbolar como bandera una «finalidad revolucionaria».

El tema se puede encontrar, con matices, en la ciencia jurídica más sofisticada que produjo la Revolución rusa —en las obras de Pashukanis(1976) y Stucka (1969)—, que distinguió con mucha dificultad entre Derecho y Política al considerar a aquel como una selección voluntaria de los intereses de la clase dominante. Con ello, se dejaba una puerta abierta a Vyshinskij, el máximo exponente del Derecho soviético stalinista, y fiscal de los procesos de Moscú, para establecer la preeminencia de la discrecionalidad sobre la creación política fundada en la ley.

En ese contexto, reivindicar la normatividad del Derecho y el cumplimiento de la legalidad solo podía ser parte de una retórica que tenía cerrada la posibilidad de materializarse. Con todo, la corriente defensora de la normatividad intentó abrir posibilidades. Cerroni ha sintetizado (1977) las propuestas que en función de defender la legalidad, reconsiderar el problema de las instituciones de la democracia directa y de consagrar el carácter normativo del Derecho, fueron discutiendo un número significativo de juristas dentro de la propia URSS.

La idea expresada por Solts reaccionaba contra el positivismo jurídico, en particular contra el normativismo de Hans Kelsen. Sin embargo, en la versión provista por el marxismo soviético Kelsen es irreconocible.[9] Con todo, se trataba de un problema de política práctica,

[9] En Cuba, las obras de Pashukanisy Stucka se conocieron por sus comentaristas soviéticos, cuando ambos fueron víctimas de la represión stalinista. Como sucedió con ellos, Kelsen también fue criticado sin darlo a conocer. Así se imposibilitó discutir directamente con la *Teoría General del Estado* y la *Teoría Pura del Derecho* y con los que para este tema resultan libros esenciales como *Teoría comunista del Derecho y del Estado* (1957), *Socialismo y Estado* (1982) *y La idea del Derecho natural y otros ensayos* (1946). La crítica global a Kelsen situada fuera del marxismo soviético es desconocida en Cuba, como lo son las paradigmáticas de Max Adler (1982) y de Hermann Heller(1998).

pues arrojaba como corolario la comprensión de la Constitución más como programa que como norma vinculante de la actuación de los poderes públicos y de la ciudadanía.

El punto se expresó en la reducción de la tutela de los derechos a la existencia de condiciones materiales que hiciesen viable su ejercicio. Se impugnaba así de paso el carácter mismo del derecho, pues remite su ejercicio a la posibilidad del Estado de satisfacerlo, pero no queda asegurado como derecho *per se*.

Al seguir semejante línea, el «constitucionalismo socialista» copió al mismo Kelsen que había negado. En ambos, si el derecho no es reivindicable no es un derecho: no hay derechos sin garantías. La influencia del positivismo jurídico en la cultura intelectual del marxismo soviético gozará de enorme persistencia.

Existen otras maneras de comprender el problema: el derecho existe, con independencia de su garantía y el Estado queda obligado, por su reconocimiento normativo, a establecer políticas orientadas en esa dirección, a buscar consensos sociales sobre las escalas de su resolución y a instituir garantías para su cumplimiento.

La defensa del carácter normativo de la Constitución no equivale a una comprensión «legalista», que «solo» priorice la norma sobre el fin revolucionario. En su lugar, propone un modo concreto de relacionarlos: traducir los fines revolucionarios a derechos fundamentales. Puede considerarse el objetivo del Estado cumplir «fines revolucionarios» en este sentido: realizar el catálogo de derechos fundamentales que establece. (Ferrajoli 1999)

En esta perspectiva, el funcionario o juez no interpretaría los «fines revolucionarios» según su exposición particular en el discurso político del momento: reivindicaría derechos fundamentales consagrados normativamente a través de la deliberación política mediada por la ley, con lo que si la ley contradice derechos fundamentales, es decir, fines revolucionarios, puede inaplicarla revolucionariamente, contra todo lo dicho por el positivismo jurídico en cualquiera de sus versiones: Kelsen o el «constitucionalismo socialista».

En la actualidad se renuevan argumentos que desde otros fundamentos de la Filosofía del Derecho reafirman el papel del Estado en la protección de los derechos o como presupuesto de la existencia misma de los derechos. Es así que Juan González Bertomeu, en el prólogo a la edición castellana del libro de Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los Derechos*[10], pone de relieve la tesis central de la obra y explica el enfoque según el cual la realización de los derechos, sean civiles y políticos o sociales y culturales, necesita del Estado y de la consideración del peso de la protección de los derechos en el presupuesto del Estado. Según esta idea el Estado debe ser fuerte y no débil en su papel principal de protector y garante de derechos humanos. Desde el punto de vista iusfilosófico es tanto como decir que sin Estado no hay derechos porque sería imposible entender la existencia de derechos sin la posibilidad del ente que los haga cumplir materialmente.

Este argumento ayuda a desmentir la idea de que en el Estado de Naturaleza los derechos estarían en peligro de violación constante, porque descubre que antes del Pacto Social, no existe Estado y por lo tanto, tampoco derechos.

Todo lo anterior, en cambio, no significa que solo nos deba importar saber el costo real de los derechos para conocer prácticamente cuándo y cómo el Estado los realizará, sino que nos debe alumbrar la idea de que sin respaldo estatal los derechos serían voces en el aire, que sin garantías los derechos son fórmulas legales, pero que el peso moral y civilizatorio que da el simple reconocimiento constitucional de un derecho no se puede subestimar y que los derechos deben defenderse desde los dos planos filosóficos, desde el más positivista que los hace depender de la norma jurídica estatal que los contiene, hasta el más iusnaturalista que nos permite concientizar el ámbito político de la reivindicación de los derechos humanos, es decir, que existen los derechos fundados por la lucha acumulada de los pueblos, que no debe esperar a que ningún Estado diga si existe o no el derecho de que se trate.

[10] Se hace referencia a González Bertomeu, Juan F, en el prólogo a la edición castellana del libro *El costo de los Derechos*, de Stephen Holmes y Cass Sunstein, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2011.

La Constitución cubana de 1976 se ha considerado siempre más como un programa que como un texto normativo de aplicabilidad inmediata —de hecho, solo excepcionalmente se invoca la Constitución en los tribunales del país (Prieto 2008), pero ningún criterio legal impide hacerlo.

En los últimos años se ha defendido la posibilidad de su aplicación directa. Martha Prieto ha hecho la defensa más decidida del carácter de la Constitución como norma-programa, pues:

«su eficiencia puede disminuir en tanto sus principios, valores y postulados pueden no ser instrumentados jurídicamente y en tal caso el legislador, incumpliendo con los mandatos constitucionales provoca inaplicación, o como prefiero [decir], una inconstitucionalidad por omisión».(Prieto 1997)

Así es posible reivindicar la necesidad de su aplicación directa como práctica diaria de las personas, los agentes estatales y los tribunales, considerando que de ella se desprenden directamente derechos y deberes, cotejando el uso de todas las normas con la letra y el espíritu de la Constitución, para hacerla prevalecer en toda circunstancia.

Ciudadanía, Estado socialista y derechos ciudadanos

El «constitucionalismo socialista» interpretó de modo singular el tema de la ciudadanía y de sus derechos. Pensó haber impugnado el concepto de ciudadano, sin proveer más alternativa a tal concepto que el del «proletariado», cuando la emancipación de este ha de producir la emancipación del resto de la sociedad. De hecho, no parece haber en el cuerpo

del socialismo «marxista-leninista» un término que cumpla el papel que juega el de ciudadano en la trama del pensamiento democrático.

Los derechos ciudadanos son la clave de la relación democrática del ciudadano con el Estado. El «constitucionalismo socialista» llevó esta cuestión hacia otra desviación: la supuesta existencia de «derechos burgueses».[11]

El problema de considerar la existencia de «revoluciones burguesas» que habrían producido «derechos burgueses», es su conclusión lógica: estos serían falaces y por ende desechables. Sin embargo, Marx jamás usó el término «democracia burguesa» y la burguesía nunca hizo una revolución democrática, ni en 1789 ni en 1848. (Doménech 2009) (González Casanova 1987) Toda la doctrina de Marx, la del «joven» Marx y la del Marx de *El Capital*, recoge y reelabora una herencia «antiburguesa»: el legado republicano fraternal de los revolucionarios de 1793 y 1848.

No existen «derechos burgueses» sino una comprensión burguesa de los derechos. Entenderlo de este modo permite impugnar el uso doctrinario particular y no los derechos en

[11]Azcuy ofrece un ejemplo: «Los documentos constitucionales más importantes de la época moderna, arraigados en la teoría que se había venido elaborando desde sus comienzos, constituyen el producto de las grandes revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII: el *Bill* de derechos de la Revolución Inglesa de 1689; las Declaraciones de derechos y de independencia de la Revolución Norteamericana de 1776; y las Declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y de 1793 en Francia. Todas, lógicamente, tienen sus puntos comunes, expresivos de los mismos valores y de las mismas necesidades». (p.37)
Las palabras contenidas en tales documentos serían todas mentiras burguesas. Sin embargo, es necesario distinguir.
La Constitución de 1793 consagró históricamente la democracia como el programa de las clases trabajadoras. Ese texto expresa el triunfo del ala jacobina radical de la Revolución francesa, cuando logra conquistas extraordinarias sobre la economía política del capital y sobre la organización estatal de la vida civil: consagrar el derecho a la subsistencia como un derecho fundamental, amparado en la concepción de la economía política popular; y destruir la distinción «civil» entre ciudadanos activos y pasivos.
El texto establece el sufragio universal directo basado en la soberanía popular, se opone a la separación de poderes e introduce por vez primera en el constitucionalismo el derecho a la asistencia, al trabajo, a la instrucción, la prohibición de la esclavitud, y el derecho a la rebelión como consecuencia de todos los demás derechos. Consagra lo que Robespierre había defendido desde 1790 bajo el concepto de *fraternidad*: ser recíprocamente libres e iguales: quiere decir, universalizar la igualdad y la libertad contra las desigualdades, tanto sociales como civiles, del antiguo régimen, contra el sometimiento como ciudadanos *pasivos* de los campesinos, los jornaleros, los siervos de la gleba, los pequeños artesanos, los aprendices, de todos aquellos que «vivían por sus manos».(Doménech 2004)La derrota de esa corriente revolucionaria, en 1795, postulará los principios opuestos: consagra la división de poderes, el sufragio censitario y la representación basada en la soberanía *nacional*.
El texto norteamericano de 1776 no es equiparable al de 1793: los «padres fundadores» norteamericanos repudiaron la democracia, les resultaba impensable que los esclavos accedieran como iguales a la vida política y fundaron un ideal de libertad basado en la independencia económica de los pequeños propietarios.

sí mismos, nacidos de un largo proceso de luchas sociales que los «arrancó» en efecto a las clases dominantes.

El «constitucionalismo socialista» creyó al pie de la letra lo escrito por Siéyes: el tercer estado es la nación. (Siéyes 1989, 91) Siéyes mostró el tercer estado como un conjunto universal que incluía el todo social, cuando en realidad correspondía a la burguesía y excluía por completo al «cuarto estado»: criados, trabajadores asalariados, pequeños artesanos, campesinos, mujeres, todos aquellos que, según les calificara Marx, debían pedir cotidianamente permiso a otros para poder subsistir.

Introducir «en un mismo saco» a la burguesía y a todos los integrantes del «cuarto estado», y llamar burgueses indistintamente a los pensadores orgánicos de uno y otro estado, cumple diferentes objetivos, ninguno de los cuales es funcional a un nuevo constitucionalismo socialista, pues trae como consecuencia la «precedencia» de los derechos sociales sobre los individuales, de las garantías materiales sobre las jurídicas, de las libertades materiales sobre las formales, así como la sobrevaloración de la democracia «material» sobre la llamada democracia «formal».

La «precedencia» no significa la negación de los derechos colocados *después*, pero sí la prioridad de unos derechos frente a otros, lo que conduce a una predisposición doctrinal y a una organización institucional específica para el ejercicio de un tipo u otro de derechos, con el establecimiento de las garantías correspondientes a esa prioridad.

La idea de «precedencia» de un tipo de derechos frente a otros —los políticos frente a los sociales o viceversa— marcó el uso político del tema de los derechos humanos entre los contendientes de la Guerra Fría. La idea se fijó en los pactos de la Organización de Naciones Unidas sobre derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es vinculante para sus partes, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) resulta una exhortación a los estados

miembros, pues se entiende que los políticos y civiles son prevalentes respecto a los económicos y sociales —«más costosos» y «menos vitales». (Gordon 2009)

Las consecuencias de la prevalencia de los derechos sociales sobre los individuales respecto a la ciudadanía son conocidas: configura un patrón asistencialista de participación, crea un ciudadano pasivo a la espera de la provisión pública de bienes y servicios. Sin embargo, la cualidad del sistema democrático no está en aquello que *se otorga*, sino en aquello que *se forma*: no en lo que se entrega en forma de bienes y servicios sociales por parte del Estado, sino en la calidad del ciudadano que puede ser ejercida dentro de ese diseño político.

Sin embargo hoy se levantan, con fuertes soportes teóricos y éticos, ideas a favor de una protección y defensa diferenciada de los derechos, pero por otra razón y vía:

Sueli Carneiro explica un argumento distinto pero revelador a favor de la consideración especial a la regulación de los derechos humanos y su protección: entiéndase que los derechos pueden y deben protegerse de forma diferenciada sin violentar el principio de igualdad formal, es decir, el punto de partida social y personal para el disfrute de los derechos y su defensa debe forzarse por parte del Estado, mediante el otorgamiento de cuotas especiales de beneficios para la realización de los derechos, sin las cuales sería imposible que grupos humanos, clases sociales y personas individuales pudieran acceder equitativamente a derechos que se consideran universales y no enajenables.[12]

Sin estas cuotas la carrera por los derechos sería injusta de inicio a fin, porque unos estarían en condiciones de recibir todas las ventajas del reconocimiento y garantía de los derechos, y otros se encontrarían en la misma indefensión cotidiana que les impide optar por el derecho mismo.

[12] Carneiro Sueli, Los derechos humanos y el combate a las desigualdades: discriminación y violencia, en Revista Casa de las Américas número 264 julio-septiembre, 2011, pp 121-134.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano ha establecido normativamente el principio que resulta un giro copernicano respecto a la «prevalencia» de un tipo u otro de derechos: la «progresividad», que supone tanto el crecimiento cuantitativo de los derechos como el crecimiento cualitativo de la relación entre ellos a partir de los principios de irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia. (1999 art.19) Ello configura un tipo de relación de la ciudadanía con el Estado cuyo estudio es útil colocar en relación con la práctica cubana, lo que hacemos en el capítulo siguiente. Aquí, como en ningún caso, se trata de copiar en Cuba instituciones que han de funcionar para contextos diferentes, pero sí se trata de fomentar un diálogo mayor que el existente con las experiencias democráticas de transformación del poder oligárquico que ha dominado la historia de la región, también en medio de agresiones internas y externas a sus respectivos procesos. Hacerlo desde hoy rendirá también dividendos al futuro Derecho de la integración latinoamericana.

Hacia un nuevo constitucionalismo socialista: propuestas para Cuba

Derechos y garantías

En la Constitución cubana los derechos —a los que no se les llama «derechos humanos» — no se presentan diferenciados entre económicos, culturales y sociales y los civiles y políticos. El texto no usó esta clasificación —muy discutida— presente en la doctrina sobre derechos humanos posterior a la Declaración Universal de 1948, pero tampoco aclara que los derechos serán de igual jerarquía y fuerza.

En su redacción, se dispone un capítulo específico para los derechos fundamentales, en el cual se plasman todos los consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, con excepción de tres: el derecho a la vida, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la libertad de circulación y emigración que aparecen regulados en

leyes específicas —Código Penal, Código Civil y Ley de Migración no. 1312 de 1976, además de disposiciones de los organismos de la administración central del Estado, respectivamente. Además,establece un conjunto de principios que deben considerarse como derechos: la igualdad, la participación y el derecho de petición. Varios derechos son extraíbles del cuerpo constitucional, algunos de ellos correspondientes a los llamados de «tercera generación» —como el derecho a un medio ambiente sano— y derechos al deporte, a una vivienda confortable, a la defensa de la patria, entre otros. (Torrado 2003) Los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los respectivos pactos de la ONU reclaman actualización en el ordenamiento constitucional cubano, pero se encuentran mayoritariamente reconocidos (Delgado Sánchez 2009) —de hecho, están consagrados todos en el caso de los derechos sociales, económicos y culturales.

La declaración constitucional cubana de derechos no es atrasada para el año 1976, pero lo es respecto a 2010, si se compara no solo con los pactos internacionales antes mencionados sino con los derechos introducidos por el nuevo constitucionalismo latinoamericano.[13]

Al decir de la profesora Martha Prieto:

«Con carácter fundamental, en 1976 se incluyeron los derechos socieconómicos y culturales, y bajo esa condición se constitucionalizaron las garantías materiales, necesarias para su aseguramiento…Así entonces, la Administración Pública sería el único proveedor de los recursos requeridos para asegurar los derechos, y se impuso el criterio de la prioridad de las garantías materiales respecto a las jurídicas, o también denominadas formales».[14]

[13]Todos los principios y derechos que se mencionan en lo adelante se utilizan según su mera regulación constitucional, con independencia de su aplicación en la práctica política, lo que sería motivo de otra indagación. Cotejar la constitución y la práctica cubana solo con el texto de esas constituciones no es la mejor manera de efectuar una comparación, que llevaría comparar iguales *ítems*, pero el sentido de la utilización de ese campo constitucional no es tanto comparar como buscar fuentes afines de actualización para la práctica constitucional cubana.

[14] Prieto Valdés, Ob Cit, pág. 338.

La consagración constitucional de los derechos en Venezuela, Ecuador y Bolivia

Entre los principios reconocidos en Venezuela se encuentran: la protección diferenciada a grupos o personas vulnerables, el trato oficial y obligatorio de ciudadano o ciudadana; el reconocimiento normativo de los derechos consagrados por la Constitución, aunque no exista la ley reglamentaria que los desarrolle; el otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos —que resultan por tanto directamente aplicables—; el procedimiento de amparo constitucional oral, público, breve, y no sujeto a formalidad, con acción interpuesta por cualquier persona, sin formalidad alguna, para defender la libertad y la seguridad.

La concepción del «buen vivir», en Ecuador y Bolivia, promueve en cuanto derechos: acceder de modo universal a las tecnologías de la información y a las frecuencias del espectro radio electrónico para gestión de estaciones de radio y televisión; buscar, recibir, intercambiar y producir información veraz; la libertad estética; acceder al espacio público como espacio de deliberación; rebajas en los servicios públicos y privados de transporte y espectáculos para los adultos mayores; la objeción de conciencia para el servicio militar u otras actividades, celebrar matrimonio entre personas del mismo sexo (solo en Ecuador); migrar, estimular el retorno voluntario de los nacionales emigrantes. En el mismo sentido, se regulan de modo especial los derechos para personas con discapacidad, con enfermedades catastróficas y privadas de libertad, y para los usuarios y consumidores y otorga los mismos derechos para las familias constituidas por matrimonio o por uniones monogámicas, consagra el derecho a la soberanía alimentaria —prioriza la producción local de alimentos—, prohíbe las armas químicas, somete a la ley el uso de transgénicos y declara por vez primera en la historia a la naturaleza como sujeto de derechos.

Respecto a lo existente en el momento de su promulgación, el texto cubano no consideró instituciones de defensa de derechos de antigua tradición, como el proceso de amparo mexicano y la defensoría del pueblo. De hecho, en la regulación cubana existe un desbalance entre la declaración de derechos y el régimen de garantías correspondiente, por ser este genérico, abstracto y de escaso desarrollo, sobre todo respecto a las llamadas garantías jurisdiccionales.

La debilidad en los mecanismos de defensa de derechos de la Constitución cubana se explica por la prevalencia ideológica otorgada a las garantías materiales sobre las jurídicas, justificada por la obra social desarrollada por la Revolución cubana —que ha alcanzado las metas del Milenio de la ONU. El completamiento del sistema de garantías, no obstante, es imprescindible si se afirma un marco progresivo de fortalecimiento de la institucionalidad en Cuba, que no solo comprenda al Estado sino a la base institucional de los derechos del ciudadano.

Las garantías jurídicas establecidas por la Constitución cubana son, entre otras, las del debido proceso, las de limitación a la confiscación, la irretroactividad de las leyes, la aplicación de la norma penal favorable al reo, y la genérica que aparece en el artículo 62, donde se regula:

«Ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible».

El artículo 63 establece el derecho de dirigir quejas y peticiones a las autoridades, sin más especificaciones ni correspondientes salidas procesales a esta garantía.

El ordenamiento cubano contiene normas especiales que suplen en parte las carencias constitucionales. La Ley de Procedimiento Penal regula el *hábeas corpus* como garantía del derecho de libertad y la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral garantiza derechos patrimoniales y familiares mediante procedimientos ordinarios y especiales, regula el amparo en la posesión, y el uso del procedimiento administrativo y del procedimiento laboral. El Código Penal prevé delitos contra formas de discriminación o contra derechos constitucionales. La Fiscalía General de la República tiene el mandato constitucional de velar por el cumplimiento de la legalidad y es la encargada de responder jurídicamente por el derecho de queja. Ahora, parece existir consenso en que los procedimientos antes mencionados deben ser actualizados y completados. (de la Cruz y Cobo 2009)(de la Cruz, Hernández, y otros 2010)(Aguado, y otros 2009)(Delgado Sánchez 2009)

Por otra parte en el ámbito específico de las garantías en las relaciones laborales, nos encontramos en Cuba con la existencia de diversos regímenes especiales en materia de disciplina laboral y del trabajo, lo que significa que existen conflictos con la administración que no se resuelven ante tribunales. Ejemplo de lo anterior es el Sistema de Órganos Aduaneros, las Unidades Básicas de Producción Cooperativa, las direcciones de las organizaciones sociales y de masas y el personal civil del Ministerio del Interior y de las Fuerzas Armadas.[15]

El sistema de garantías a los derechos humanos en las constituciones de Ecuador y Bolivia

[15] Alude a una idea de Cutié Mustelier, Danelia y Méndez López, Josefina: Derechos y Garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal, en Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional, coordinado por Matilla Correa y Ferrer Mc- Gregor, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, UNAM, Unijuris y Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, La Habana, pág. 357 y 358.

El sistema de garantías a los derechos en Ecuador resulta un cuerpo muy completo: acción de protección, amparo contra políticas públicas o particulares que provoquen daños, acción de *hábeas corpus* para recuperar la privación ilegal de libertad, para proteger la vida y la integridad física; acción de acceso a la información pública, acción de *hábeas data* para conocer de la existencia y acceder a documentos, datos genéticos y archivos de datos personales; acción por incumplimiento para garantizar la aplicación de las normas, las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos y la acción extraordinaria de protección contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado algún derecho constitucional.

Bolivia sigue el criterio de consagración plena de derechos y garantías iniciado por la Constitución venezolana. Todos los derechos reconocidos por ella son directamente aplicables. Prohíbe la infamia, la muerte civil y el confinamiento; establece la cobertura amplia y sencilla de las acciones de garantía, llamadas por su nombre en castellano, sin alusiones a los términos en latín. Así regula la acción de Libertad (*hábeas corpus*), la acción de amparo constitucional, la acción de protección de privacidad (*hábeas data*), la acción de inconstitucionalidad, la acción de cumplimiento, la acción popular para defender derechos colectivos, casi todas ellas tramitables por la vía simple del amparo. Entre otros valiosos derechos al trabajo, el texto boliviano consagra que los trabajadores en defensa de sus fuentes de trabajo podrán reactivar empresas en proceso de quiebra, cerradas o abandonadas de forma injustificada y allí podrán conformar empresas comunitarias o sociales.

El tribuno del pueblo

Para la defensa institucional del conjunto de derechos, el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha consagrado la figura de la defensoría del pueblo, magistratura heredera

del poder negativo indirecto propia del Tribunado de la Plebe de la República romana,[16] que «nada podía hacer» pero «todo lo podía impedir».

La defensoría del pueblo se introdujo en las constituciones latinoamericanas a través de la Constitución española de 1978, que a su vez había retomado el *Ombudsman* sueco. La regulación de la defensoría en el nuevo constitucionalismo latinoamericano sienta bases para la superación de déficits clásicos de su pasado.

La eficacia de la defensoría se asegura en un contexto que conjugue su independencia institucional con el desarrollo de formas de poder popular que reivindiquen al mismo tiempo las formas del poder negativo directo.[17]

La defensoría venezolana tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidas en su Constitución. Goza de inmunidad y se rige por los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio. La institución cuenta con iniciativa legislativa y la posibilidad de presentación de las acciones de inconstitucionalidad, amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data*, etcétera.

La defensoría ecuatoriana parece ser la más avanzada. Puede patrocinar todas las acciones antes mencionadas, emitir medidas de cumplimiento obligatorio sobre derechos humanos y solicitar sanciones por incumplimiento de estas medidas, investigar y resolver sobre acciones y omisiones relativas a los derechos humanos y vigilar y promover el debido proceso, así como impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante.

[16]Las formas *directas* del poder negativo serían el derecho de resistencia y la huelga política, por citar dos. Las formas *indirectas* están relacionadas con las facultades de oposición y veto de instituciones defensoras de la soberanía popular, que tuvieran su origen histórico en el Tribunado de la Plebe de la República Romana, y que en la actualidad pueden y deben tener otras formas contemporáneas de expresión.

[17] Recuérdese que en el constitucionalismo contemporáneo y en la vida política de los estados actuales el derecho de huelga y la resistencia, así como la rebelión y la recesión han sido reducidas a fórmulas de imposible realización dentro del ámbito de la legalidad y en otros casos han sido convertidas en instrumentos muy alejados de sus fundamentos reales (derecho de huelga solo como derecho de huelga económica).

En Bolivia la defensoría no recibe instrucciones de los órganos del Estado y es designada por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Sus atribuciones son las mismas que las del defensor o defensora ecuatorianos.

En Cuba las funciones de una defensoría son asumidas por la Fiscalía General de la República, perfil proveniente de la Procuraduría soviética: representa el interés público en los procesos y vela por la legalidad y por las violaciones de derechos ciudadanos.

Al momento de su creación los pronunciamientos de la fiscalía cubana en este último campo no eran vinculantes. La Ley de la Fiscalía General de la República (no. 83 de 1997) enmendó el déficit y la habilitó para «actuar ante violaciones de los derechos constitucionales y las garantías legalmente establecidas y frente a las infracciones de la legalidad en los actos y disposiciones de organismos del Estado y sus dependencias, las direcciones subordinadas a los órganos locales y demás entidades económicas y sociales, exigiendo su restablecimiento» (art. 8, b), al tiempo que la facultó para restablecer la legalidad a través de resolución dictada por el fiscal actuante. Amén de los problemas prácticos para llevar a vías de hecho ambas declaraciones, la regulación deja en pie dos problemas: las limitaciones de acceso a la justicia procesal y la inexistencia de un mecanismo de restauración inmediata en caso de violaciones de derechos ciudadanos.

La construcción y desarrollo de la defensoría del pueblo en América Latina ha enfrentado en el pasado problemas diversos: la gran contradicción entre su difusión geográfica, su desarrollo estructural, el crecimiento de sus tareas y la tensión entre las expectativas que despierta y las limitaciones que le impone la política realmente existente al despliegue de su naturaleza jurídica en cuanto poder impeditivo o prohibitivo de la actuación política estatal.

A la defensoría se le ha llamado «magistratura de la persuasión» por su eficacia desprovista de la facultad sancionadora o vinculante. Lobrano considera el riesgo de la implosión de la figura, de mantener su perspectiva tradicional, porque:

«mientras son mayores las expectativas que tal instituto genera para los ciudadanos, más grave será el riesgo de desilusionarlos en tales expectativas y de hacerles perder la confianza en él, si no se le dota oportunamente de los instrumentos jurídicos adecuados para poder dar respuestas eficaces a esas expectativas». (Lobrano 2002, 258)

Pero el instituto también cuenta con ventajas genéricas, en este caso sobre la defensa de derechos a través de los tribunales:

En la esfera discrecional de la administración pública, el *ombudsman* puede ir más allá que el tribunal en la evaluación del gobierno y sus prácticas. Además, puede iniciar supervisión *ex oficio*. […] Además, el procesamiento de una reclamación es gratuito, a diferencia de los tribunales, donde las partes tienen que pagar tasas judiciales. La reclamación al *ombudsman*, además, no requiere de un abogado como representante legal, lo cual implica menos gastos. Tampoco hay formalidades para su procesamiento, a diferencia de llevar un caso al tribunal. En cualquier caso, el *ombudsman* es mucho más accesible que los tribunales y, en un contexto de derechos humanos, la accesibilidad es de importancia crucial. (Berg 2009)

No existe impedimento doctrinal ni legal que impida establecer en Cuba un mecanismo institucional que amplíe la protección de derechos e intereses de la ciudadanía

cubana. Para ello, es necesario abrir en el país el diapasón del debate cívico sobre los derechos y los mecanismos de su defensa ciudadana.

Si tal fuese la elección, el nuevo instituto tribunicio debe estar regido por los principios de colegialidad, temporalidad, revocabilidad popular y carácter vinculante de sus decisiones. Debe contar con el principio de independencia en la función y estar vertebrado según la estructura territorial del país. Los males de la burocratización y la corrupción de la figura del defensor del pueblo —en el marco de la división liberal de poderes— se sanearían con procedimientos acelerados aunque legítimos y adecuados al respeto a la seguridad jurídica y la legalidad y sometidos al control social. La organización de la institución deberá ser resuelta de forma particular y mediante una Ley Orgánica complementaria a la consagración constitucional.

Si el poder tribunicio tiene su origen en la república romana, resulta útil recuperar esa fuente y buscar sus proyecciones en nuestros días en aras de engrosar las atribuciones de la defensoría, lo que proponemos traducir de la siguiente manera:

- El derecho de asistencia: esta protección a la plebe contra el *imperium* de los magistrados supremos romanos, se ha convertido hoy en simple defensa de derechos ante el Estado, aún así es la actividad tribunicia más conservada. En el caso cubano podría defenderse la envergadura que el derecho de asistencia llegó a tener en la república romana. Sería pertinente incluir la posibilidad de invocar el derecho también por un funcionario del estado contra otro que hubiese sobrepasado su autoridad.

- El poder de veto: el poder de veto de los tribunos contra las acciones de los órganos del estado, cuando la plebe lo interesaba así, se convirtió con los defensores del pueblo en una débil oposición (fácilmente esquivada) a decisiones lesivas de derechos ciudadanos. El veto que defendemos es el suspensivo, que un magistrado del pueblo podría interponer ante la decisión de cualquier otro funcionario público. Este debía tener el mismo

carácter de un veto entre funcionarios de un órgano colegiado. El veto de la propuesta cubana se debería extender, como el romano, hasta las propuestas de leyes, la movilización militar o las elecciones.

- El derecho a llamar a consulta*:* el derecho de convocar al concilio de la plebe ha sido muy defendido en la actualidad por quienes aspiran a rearmar a los defensores del pueblo. Un magistrado popular, expresivo del poder negativo indirecto, debe tener la facultad de llamar al pueblo a consulta.

- La iniciativa legislativa: el problema de los trastornos constitucionales que crea la iniciativa legislativa popular sería resuelto por el colegio de magistrados populares, con amplia iniciativa legislativa.

- La protección del magistrado: La *intercessio* romana estaba ligada a la facultad de ejecutar personalmente las propias decisiones. Los Tribunos podían multar o hacer arrestar al que impidiera el ejercicio de la actividad tribunicia. El carácter inviolable del tribunado republicano en Roma se debe adoptar como principio de protección de los magistrados, asimismo es necesario que sus decisiones tengan carácter vinculante, y por lo tanto, esta coacción se debe alcanzar mediante un proceso judicial o mediante la autodefensa del magistrado.

El control constitucional

Se hace imprescindible someter a control social el cumplimiento de la Constitución cubana, habilitando medios institucionales a favor de la ciudadanía para atar el desenvolvimiento de todos los actores a la normativa constitucional.[18]

[18] Nelson P. Valdés ha analizado la diversidad de nuevos actores como una clave de la ampliación democrática del sistema político cubano: «En términos generales, el Estado cubano reduce su personal, disminuye sus órganos estatales (hay menos ministerios), limita y redefine sus funciones, descentraliza sus poderes horizontal y verticalmente, incrementa la autonomía de las partes y de los diferentes niveles, promueve a nuevas personas, permite la aparición de nuevos actores institucionales y adopta medidas en su funcionamiento que propenden a

Las estructuras de las constituciones clásicas no suponían más que la cláusula de reforma como medio de defensa constitucional, pero más tarde se sumó en la teoría y la práctica constitucional el régimen de las situaciones excepcionales, llamadas estados de emergencia, de sitio, de alarma, concebido como un mecanismo político-jurídico de defensa del texto puesto en peligro por una situación externa o interna.

El estado de emergencia se incluyó en Cuba tras la reforma constitucional de 1992 y tiene su norma especial en la Ley de Defensa Nacional, no. 75, que no es exhaustiva en lo relativo a las especificidades del tratamiento a los derechos fundamentales en estas circunstancias.

A la cláusula de reforma y a la regulación de las situaciones excepcionales, se sumaron desde principios del siglo XX, en la práctica y más tarde en teoría, los modelos de control constitucional.[19] El nuevo constitucionalismo latinoamericano cuenta con desarrollos importantes en este campo.

La regulación ecuatoriana ordena que las normas constitucionales se interpreten de la forma que más se ajuste a su consideración integral, en caso de duda se interpretará en el sentido que más favorezca a los derechos. (art. 427) Cualquier juez o jueza podrá enviar la

---

conceder un mayor espacio al mercado exterior(Valdés 1997, 103)Si bien coincidimos conValdés, nuestro énfasis subraya la necesidad de un ambiente de legalidad constitucional que ordene su funcionamiento.

[19] «La mayoría de los autores hablan de dos sistemas de control de constitucionalidad; el conocido como difuso o *judicial review* y el concentrado o austriaco-kelseniano. Otros autores hablan de esos dos y agregan, además, el que se llama mixto y el múltiple. Infiesta menciona una clasificación de sistemas de control judicial y control político».(Fernández Bulté 1994, 16)El modelo de control difuso nació en la práctica jurisdiccional norteamericana a partir de una sentencia del juez Marshall en 1803, por la cual se estableció el precedente judicial que convirtió al Tribunal Supremo en máximo intérprete de la Constitución y puso en sus manos la declaración de inconstitucionalidad, que podía comenzarse a tramitar de forma difusa en todo el sistema de justicia, en cada caso, en cada cuestión puesta a consideración de un tribunal. El control concentrado se probó como un Tribunal con atribuciones dedicadas a la jurisdicción exclusivamemente constitucional en la Constitución austríaca de 1920. En algunos casos se experimentó la mixtura entre un modelo y otro, con Salas especiales de los tribunales, casi siempre del propio tribunal supremo dedicadas a la tramitación y resolución de acciones de inconstitucionalidad. Las modalidades han tenido difusión en América Latina, donde se ha utilizado tanto el control difuso como el concentrado, con propuestas como el amparo mexicano, que reúne en él el control constitucional y la defensa de los derechos humanos. Según el profesor mexicano Fix Zamudio, el amparo mexicano ha evolucionado como «instrumento de defensa de los derechos de libertad, control de la constitucionalidad de las leyes, procedimiento de casación y medio para la defensa de los particulares frente a la Administración», en (Colomer 1990, 108)

tramitación de una causa a la Corte Constitucional, cuando considere que se viola la Constitución. La Corte tiene la facultad de la interpretación constitucional y de la administración de justicia en esta materia. Puede declarar inconstitucionalidad de oficio de normas conexas con un caso remitido a la Corte, conocer de las acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, conocer a instancia de parte la inconstitucionalidad contra actos administrativos, expedir sentencias vinculantes y que sienten jurisprudencia sobre las acciones mencionadas, más todas las atribuciones que posee la Sala constitucional venezolana.

El control constitucional corresponde en la constitución venezolana a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, el máximo y último intérprete de la Constitución. El órgano puede anular las constituciones y leyes estadales, los actos con rango de ley dictados por el ejecutivo, así como verificar la conformidad de los tratados internacionales con la Constitución y revisar de oficio la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el presidente o presidenta de la República. Puede declarar la inconstitucionalidad de las *omisiones* del poder legislativo municipal, estadal o nacional, resolver colisiones entre normas, dirimir controversias entre órganos del Estado y revisar sentencias firmes de amparo y de control de constitucionalidad dictadas por tribunales de la República.

En Bolivia el control constitucional lo realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional. Sus miembros son electos con criterios de plurinacionalidad y sus atribuciones son las mismas que las ya tratadas en el caso de Ecuador.

La Constitución cubana no se ubica con facilidad en la tipología que clasifica las leyes fundamentales según el modelo de control utilizado. Para Martha Prieto y Lissette Pérez, en Cuba:

la Constitución de la República regula como atribución de la Asamblea Nacional del Poder Popular, órgano supremo representativo del Estado, la facultad de decidir la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes y demás disposiciones generales. La facultad de salvaguarda de la Constitución está en poder del único órgano con facultad constituyente y legislativa del país, del órgano que representa la soberanía popular, lo que doctrinalmente se justifica por el criterio de que quien mejor puede defender la Constitución es el pueblo y en su defecto, sus representantes. Visto así, el *control es político y concentrado de forma posterior*.(Prieto y Pérez s.f.)

El control se dirige solo a la constitucionalidad de las *leyes*, las aprobadas por la ANPP. La Constitución regula además un tipo de control *interno* —el llamado control de regularidad—, ejercido por cada órgano estatal en relación con los órganos que dependen de ellos. Así debe realizar esta función el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros, las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular y los tribunales populares en su misión de aplicar el derecho. En el control de la legalidad por parte de la Fiscalía General de la República queda contenida la protección de la Constitución, aunque en la práctica esta función se concentra en la protección de derechos ciudadanos.

Ahora bien, en la práctica no existe un mecanismo de control que defienda el principio de supremacía constitucional con referencia al total de actos normativos y de actuaciones administrativas, como no existe proceso legal que determine la forma en que el control puede ser invocado por el pueblo, de forma individual o colectiva. La imposibilidad de instar en esa forma el control constitucional por parte del soberano, el pueblo, colisiona con los principios constitucionales de poder popular y de democracia socialista.

Resulta imprescindible, en consecuencia, la creación de un sistema de control constitucional en Cuba. La Constitución vigente habilita varias formas para hacerlo: a través

de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la ANPP, como hoy está regulado pero sin desarrollo de su procedimiento, o mediante la creación de una sala del Tribunal Supremo Popular para atender cuestiones de constitucionalidad, con acciones para recurrir por la vía jurisdiccional ordinaria hasta el Tribunal Supremo, o, por otra parte, con la introducción del recurso de amparo y la creación de un tribunal constitucional.

Una declaración final

El futuro inmediato de la organización política y jurídica de la sociedad cubana debe encaminarse hacia una revalorización del Estado de Derecho, la Democracia y los valores del republicanismo, que consideramos la única vía para la realización de una alternativa económica, social, ética y política socialista.

Sin un constitucionalismo que use y enriquezca con su práctica, todo lo más avanzado de la protección, defensa y garantía de los derechos humanos, tanto en América Latina como en el resto del mundo, no podremos comenzar a plantearnos la edificación de una sociedad más libre, participativa, involucrada y verdaderamente soberana.