



REVISTA
CIENTÍFICA



Editorial

Estimado lector:

Con el propósito de resaltar la importancia de la lectura nos complacemos en poner a su consideración la Revista "BiblioParlamentaria", es la publicación especializada de la Biblioteca y Centro de Información "Antonio Maceo", que se produce bimensualmente de forma electrónica, cuyo contenido versa sobre los temas vinculados al Derecho y legislación, Cultura e Historia, Ciencia y Tecnología, Poder Popular, Ciencias de la Información entre otras.

El lector podrá realizar un viaje literario a través de cinco secciones permanentes: Publicaciones breves, artículos originales, de revisión y también constará con la presencia de un género literario el Ensayo, texto que escrito en prosa conduce a la exploración, análisis e interpretación.

En esta primera edición conocerán de un documento de investigación realizado por los Docentes. Alexis M. Góngora Trujillo y Eloy Labrada Santos integrantes del claustro del Instituto Superior Minero Metalúrgico de Moa, basado en un Proyecto de Animación Sociocultural, sus fundamentos teóricos y metodológicos, tema que demuestra la incidencia del Trabajo Comunitario Integrado como parte del perfeccionamiento del Sistema del Poder Popular.

La Revista devendrá un espacio de conocimiento para fomentar la cultura del país, en todos los órdenes y constituirá una fuente para el trabajo investigativo del Parlamento. En sus páginas podrá consultar otros estudios realizados por entidades colaboradoras del Sistema.

Acérquese a la lectura de la mano del Parlamento Cubano, tenemos una historia que contar y preservar.

Carta al Editorial

En esta ocasión les comentamos acerca de este tipo de redacción científica.

Las cartas al editor

El hombre, en su condición de ser social, ha sentido siempre la necesidad de comunicarse con sus semejantes; y para ello, desde los comienzos mismos de la civilización, creó numerosos sistemas para lograrlo. De todos ellos, la escritura se ha destacado de un modo especial sobre los demás, por lo que se le ha considerado como un medio superior a la comunicación oral.¹ El intercambio de correspondencia es tan antiguo como la humanidad misma, y para ello se utilizan distintos medios, que van desde el empleo de las palomas mensajeras y el correo aerpostal hasta el del correo electrónico, una vía económica y rápida que hoy se abre paso en un mundo cada vez más informatizado.

Todos hemos escrito alguna carta y, por lo general, recibimos las herramientas elementales para su redacción en los distintos niveles de la enseñanza. En ellas expresamos ideas, concepciones, criterios y juicios sobre diversas cosas con variados matices, en dependencia de los contenidos y sentimientos que deseamos dar a conocer al destinatario.

Las cartas se consideran como una comunicación, manual o impresa, entre individuos o entre personas y los representantes de instituciones. La correspondencia puede ser tanto personal como profesional.

En las publicaciones médicas y científicas, la carta está generalmente escrita por uno o más autores, y se dirige al editor de una revista. Este tipo de documento contribuye al intercambio rápido de ideas, opiniones, experiencias básicas/clínicas y descubrimientos científicos.²

Al referirnos a la preparación de un manuscrito para ser publicado en una revista médica, por lo general pensamos en un artículo original o en la descripción de un caso clínico. Sin embargo, existen otros tipos de documentos, no menos importantes, como los editoriales, artículos de revisión, resúmenes de presentaciones en congresos o simposios y las cartas al editor, que aportan a los lectores una información de inestimable valor.³

En importantes semanarios médicos, como The Lancet y New England Journal of Medicine, las cartas cumplen una función particular, pues informan a la comunidad científica internacional los resultados de investigaciones clínicas o experimentales alcanzados en instituciones de "puntería" mundial en el campo de la biomedicina y sus ciencias afines.

En la actualidad, un número cada vez mayor de revistas médicas han incorporado la sección "Cartas al Editor" a la estructura de la publicación. Esta sección habitualmente ocupa páginas numeradas de la revista, por lo cual dichas comunicaciones son registradas en los índices bibliográficos y pueden ser utilizadas, en caso necesario, como referencias bibliográficas, lo que cada día se aprecia con más frecuencia.⁴

El Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, una de las publicaciones seriadas más relevantes de nuestra región, difunde las cartas de los lectores enviadas a la redacción, en las que se discuten, esclarecen o comentan críticamente las ideas allí expuestas. Informa a los autores, además, que las cartas deberán ser redactadas en un tono respetuoso y estar firmadas por el (los) autor(es), especificar su afiliación profesional e incluir su dirección postal.⁵

Un editor asociado del Boletín Médico del Hospital Infantil de México considera que las cartas al editor pueden tener varios propósitos, entre ellos:⁴

- emitir un juicio crítico acerca de un hecho médico de dominio público;
- opinar acerca de algunos aspectos de la política editorial de la revista médica en cuestión;
- ampliar, interpretar o explicar algunos aspectos de un trabajo de investigación publicado recientemente en la revista;
- discutir los resultados de un estudio o señalar defectos metodológicos o de interpretación de los resultados de un trabajo, también recientemente publicado;
- comunicar en forma breve los resultados de un estudio semejante a otro publicado en la revista;
- comunicar un hallazgo clínico o experimental no descrito previamente en la literatura.

En el orden metodológico, el texto de una carta enviada al editor debe tener una extensión no mayor de una o dos cuartillas y acatar los requisitos para la presentación de manuscritos establecidos en la revista.

Publicación Breve

La revisión judicial de los actos de la administración tributaria en Cuba *

Judicial revision of tax administration acts in Cuba

YALENNI PÉREZ URQUIZA 1

1Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora de Derecho Financiero y Tributario y Derecho Mercantil. Jefa de área de Derecho de la Empresa e Internacional. yperez@fd.uo.edu.cu, yalenniperez@gmail.com Dirección. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Patricio Lumumba s/n, Santiago de Cuba. Cuba.

RESUMEN

Ante la no ya tan reciente modificación del sistema tributario cubano con el establecimiento de una nueva ley en el 2012 que amplía el universo de relaciones tributarias y consolida los procedimientos tributarios, la necesidad de lograr índices adecuados de seguridad jurídica para los sujetos implicados es elevada. Esta necesidad cobra mayor relevancia en el análisis del proceso contencioso administrativo establecido en la legislación vigente para la materia tributaria, en donde la justicia tributaria debe alcanzar su mayor esplendor. Para analizarlo, en este artículo de reflexión se ha centrado el debate en tres momentos fundamentales del proceso: el acceso al contencioso administrativo, la tutela cautelar y el ejecución de sentencias derivadas de la solución de conflictos.

Palabras Clave: Actos; administración tributaria; contencioso administrativo y tributario; ejecución de sentencias; revisión judicial; seguridad jurídica; tutela cautelar

ABSTRACT

In the presence of the not so recently Cuban tax system modifications (2012), the tax relations universe and consolidates tax procedures are amplified. And so, the need of adequate juridical safety indexes accomplishments is very high. This need is also relevant in the analysis of the administrative judicial process established in the valid law for tax issues, where the tax justice should fulfill elevated rates. To analyzed it, this reflection article describes a debate on three main aspects in the process: the access to administrative judicial process, the protection action and sentences executions.

Key Words: Acts; administrative and tax process; cautery tutelage; judicial review; juridical safety; tax administration; sentence execution

Introducción

La relación tributaria, por la naturaleza propia del tributo, es una relación complicada, por las posibilidades de actuación de las administraciones en las esferas de acción de los contribuyentes, y el resto de los sujetos pasivos en la relación jurídico-tributaria y la tensión que esto implica para los sujetos pasivos.

Estas posibilidades de actuación, ya prerrogativas, facultades o poderes, se concatenan con el deber de contribuir - clave en los sistemas tributarios- se nutren de principios, en algunos casos elevados a rangos de constitucionales, que se encumbran con otros no menos relevantes como los de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva (ya principio, derecho o garantía - como el debido proceso en dependencia de cada sistema jurídico y sus ponderaciones en los ordenamientos jurídicos)². Ello trasciende, o debe trascender, en la existencia de un proceso que atienda a los conflictos tributarios y que sea capaz, a la vez, de imbricarse a las exigencias de aquellas máximas anteriormente mencionadas.

En el caso de Cuba, los temas relacionados con la actividad impositiva no corrieron la suerte que otros dentro del derecho público. Si bien hoy puede destacarse ya la existencia de varios estudios críticos sobre los temas tributarios y procesal-tributario, no es éste precisamente el sector del derecho en el que como en otros, exista abundante doctrina con la que sostener un interesante debate. Como causa o consecuencia de ese signo, los procesos tributarios en el ordenamiento jurídico cubano han mantenido un cauce estable, -demasiado si se quiere- en torno a la dinámica que el contencioso-tributario ha tenido en buena parte del orbe. Bajo un modelo judicialista de enjuiciar a la Administración Tributaria en Cuba La Oficina Nacional de la Administración Tributaria (ONAT) encierra un proceso que tiene como elemento positivo el criterio del tiempo o la duración del proceso, en comparación con el tiempo de respuesta en un contencioso-administrativo de otros ordenamientos, pero que principalmente, ha sido el resultado de los cambios a los que se vio sometido el derecho y la sociedad cubanas en siglos anteriores, en efecto, de la dominación española pasó a la proclamada República de 1902 -que no fue tal- y luego a la Revolución de 1959. En este escenario, se examinará la revisión judicial de los actos de la ONAT en Cuba, a partir de tres criterios que resultan trascendentales para el proceso en sí: el acceso al contencioso administrativo, a partir de las exigencias del cumplimiento de la vía administrativa previa y otras obligaciones que la complementan; la necesidad de la tutela cautelar y su ponderación dentro de la justicia administrativa y tributaria en sede judicial; y la ejecución de sentencias derivadas de conflictos de esta índole que garantizan la realización de la decisión judicial. Ello no significa, por supuesto, que se desmerite otros aspectos igual de relevantes para el proceso judicial, tales como los relacionados con la práctica de pruebas y los procesos probatorios.

Breve recuento de lo contencioso-tributario en Cuba

En períodos de dominación española (1500 1898), el nacimiento de la actividad impositiva en Cuba y el establecimiento de procedimientos para la solución de conflictos relacionados con la Hacienda, constituyeron uno de los primeros criterios a los que se les dio atención, como lo muestran las Leyes de Indias.

Pero si bien aquellas establecieron pautas primarias, un aspecto trascendental también lo fue, la consecuente construcción de reglas básicas en el contencioso-administrativo español en el siglo XIX y su aceptación y permanencia en el ordenamiento jurídico aplicado a Cuba en la época y momentos posteriores.

La difícil situación en la que se encontró la Hacienda española a lo largo del siglo XIX, generó un sistema contencioso-administrativo adornado por un grupo de técnicas jurídico-administrativas ya generalizadas, como la cuestión de la inembargabilidad de los bienes públicos, el principio del Solve et Repete, la reclamación gubernativa previa a la vía judicial, la propia prohibición de interdictos e incluso, la generalización misma del privilegio de decisión ejecutoria³. (García de Enterría y Fernández, 2006. P 563) Así se perfiló el contencioso-administrativo que es heredado por muchas normas vigentes en Cuba y otros ordenamientos. Hacer un recuento de lo sucedido en el siglo XIX resultaría excesivo a los intereses de esta investigación.

Sin embargo, la Ley española de 13 de septiembre de 1888, denominada Santamaría de Paredes se aplica en Cuba por Real Decreto de 23 de noviembre del mismo año. El Reglamento de 29 de diciembre de 1890 de la misma Ley, llegó a Cuba por Real Orden de 4 de abril de 1891. Por el contrario, el Real Decreto de 22 de junio de 1894, modificativo de la Ley Santamaría de Paredes, no se aplicó en Cuba. Las mayores innovaciones que introdujo la Ley de 1888 fueron en el ámbito competencial, procediendo el recurso contencioso contra todo tipo de resoluciones administrativas que reunieran los requisitos que el propio texto señalaba. (García de Enterría 2001. P. 39 y García de Enterría y Fernández 2006. P. 565).

El recurso contencioso administrativo⁶, (Betancourt, A. 1916, P. 17) podía interponerse contra aquellas resoluciones administrativas que emanaran de la Administración en el ejercicio de sus facultades y que vulneraran un derecho de carácter administrativo. El artículo 6 de la referida Ley establecía la imposibilidad de intentar la vía contenciosa en materia de cobranzas de contribuciones y demás rentas públicas mientras no se realizara el pago en las cajas del tesoro, referido al Solve et Repete -que luego se analizará- con la sola excepción de aquellos recurrentes que al interponer demanda, solicitaran declaración de pobreza. Aunado

a ello, como parte del mantenimiento de las exigencias que ya conformaban el contencioso, el Ministerio Fiscal debía representar a la Administración y su criterio era estimado de forma tal que incluso ante solicitud de suspensión de la resolución administrativa, ésta sólo debía concederse oído el parecer del Fiscal, de lo que se deriva la necesidad de su aprobación. La suspensión de la resolución administrativa impugnada se concedería siempre que concurrieran en el caso circunstancias que demostraran un daño irreparable en la ejecución, a lo que se le sumaba, la exigencia de fianza.

Con la promulgación de este texto normativo se declara expresamente la obligación de la Administración de ejecutar lo juzgado. Sin embargo, en su artículo 84 se preveía el aplazamiento temporal del cumplimiento de la sentencia, con la obligación de indemnizar al particular por ese aplazamiento. Como asegura Martín Delgado (2005, P. 67), tomando como base los criterios de Beltrán de Felipe, aunque la regulación es muy diferente de aquellas otras anteriores, la ejecución de sentencias seguía en manos de la Administración, lo que no fue modificado en la reforma de 1894, lo que es peor, a partir de ese momento, el Ministerio correspondiente podía examinar si por razones de interés público o por razones de imposibilidad legal o material del cumplimiento, podía acordarse la no ejecución de la sentencia.

La Ley Santamaría de Paredes disponía, además, de un pronunciamiento expreso sobre las sentencias de contenido pecuniario, (Betancourt 1916, P. 24 y 128) puesto que su ejecución se extraía de la competencia de los Tribunales tanto en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, como en el de la jurisdicción ordinaria. El sistema funcionaba de la siguiente manera: el juez era el responsable de la ejecución de la sentencia, lo que debe comprenderse solamente como la facultad de mandar que se cumpliera la sentencia, cuando haya causado ejecutoria y la Administración era la encargada en exclusiva del cumplimiento a través de los procedimientos legales establecidos al efecto. En estos casos, tampoco cabía la ejecución forzosa y en consecuencia, el pago de la deuda correspondía a los agentes de la Administración.

Para el año 1898 se instaura el primer gobierno de intervención militar norteamericana en la isla, asegurándose mediante Órdenes Militares el dominio norteamericano y la organización de la Administración Pública. A tales efectos, fue suprimido el Tribunal local de lo contencioso-administrativo mediante la Orden Militar No. 33 de 1 de abril de 1899, disponiéndose el conocimiento de esta competencia a las Salas de lo Civil de la Audiencia de la Habana en lo relativo a la primera instancia y al Tribunal Supremo en segunda instancia y Casación, órgano que ya había sido creado por la Orden Militar No. 41 de 14 de abril de 1899. Posteriormente, mediante la Orden Militar No. 80 de ese mismo año, se determina la denominación Sala de lo Civil y de lo Contencioso Administrativo.

En el año 1916, según Betancourt (1916), la situación de la jurisdicción contencioso-administrativa se había estabilizado ya, en congruencia con las normas que regulaban la jurisdicción civil y la organización de los tribunales. El texto de la Santamaría de Paredes había sido adaptado a las nuevas condiciones de la seudorepública naciente, por lo que se mantenían casi en su totalidad sus reglas.

Para 1959, las transformaciones que comenzaron a operarse como parte de la Revolución triunfante y la promulgación de la Ley Fundamental, alcanzaron la esfera tributaria. En los primeros años los cambios vinieron de la mano de varias normas que posibilitaron la disminución progresiva del cobro de tributos, por lo que las normas de carácter procedimental, ante tal situación, no necesitaron perfeccionamiento, o atención directa por parte del ordenamiento jurídico.

Para el año 1974 se promulgó la Ley No. 1261, Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, que estuvo vigente hasta el 19 de agosto de 1977 que fue continuadora de la Santamaría de Paredes, mantiene la unilateralidad del procedimiento, consolidando la existencia de la vía administrativa previa sobre la base de la existencia de una resolución administrativa que ya haya causado estado, y conserva, además, la posibilidad de la suspensión del acto impugnado dependiendo de determinadas circunstancias¹².

Los mayores avances de esta norma en materia de seguridad jurídica, estuvieron relacionados con la ejecución de sentencias. El artículo 708 establecía que mientras no constare en las actuaciones la total

ejecución de la sentencia, la sala de instancia debería adoptar a decisión de parte, cuantas medidas fueran adecuadas para promoverla y activarla. Ello apuntaba hacia las garantías en la ejecución de lo dispuesto judicialmente e, indirectamente, hacia la tutela judicial efectiva, y la seguridad jurídica.

El contencioso-administrativo vigente actualmente, es dispuesto luego por una nueva norma, Ley No. 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977, (LPCALE), texto aún vigente, y que analizaremos a continuación.

Breves apuntes en torno a la revisión de los actos de la administración tributaria en Cuba

Debe destacarse antes, el desarrollo del Derecho Procesal Administrativo y del Derecho Tributario y Procesal Tributario propiamente dicho en este tiempo en Cuba, como respuesta, o causa-consecuencia de las decisiones de política fiscal. La situación catalogada de lamentable, muestra ya signos de recuperación real y evidente. En este escenario, se analizarán los aspectos generales del contencioso tributario, tanto en la etapa de revisión administrativa como judicial - en esta última, no se asombre el lector si reconoce algún rezago- o más de dos- de la Ley Santamaría de Paredes -no es coincidencia- para ello, debe retomarse lo que se ha denominado "reforma del sistema tributario Cubano" en el año 1994, que no es sino el nacimiento de un sistema tributario como la doctrina dicta, bajo principios de universalidad, capacidad económica, equidad y legalidad, amén de otros que le componen, la puesta en vigor de normas sustantivas y procesales (para el orden administrativo) en ese año y 1997 respectivamente, se consolida el aspecto normativo del sistema tributario. Dichas normas, y el amplio conjunto que les complementó, fueron derogadas en el año 2012, momento en el que sí se puede identificar una reforma tributaria. Para entonces, se aprueban dos nuevas normas jurídicas que amplían el horizonte de las relaciones tributarias, diversificándose y haciéndose mayor el número de hechos impositivos previstos en la legislación: el universo gravado es mayor. La conflictividad tributaria también aumenta. Entran en vigor la Ley 113 "del Sistema Tributario" (Ley 113) y el Decreto-Ley 308 (D-L 308) "De las Normas y los Procedimientos Tributarios".

La obligatoriedad de la vía administrativa previa para poder acceder a la justicia ordinaria

Para la justicia tributaria, la obligatoriedad de la vía administrativa previa a la judicial es mucho más discutida cuanto más entendida como necesaria y a la vez dilatoria de la tutela judicial efectiva (Ferreiro Lapatza, J. 1998; Ibañez García, I. 2003 y Sainz Moreno, F. 1995 citado en Ibañez García (2003), Ferreiro Lapatza, J. 1998).

Con independencia de su composición por dos o más recursos, que pueden incluir, en la mayoría de los casos, un recurso excepcional de revisión, el tema de la exigencia de la vía administrativa previa se agrava, o puede hacerlo, con la exigencia del requisito de pago previo de la cantidad debida, o exigida. Tal condición, sine qua non en su mayoría, aumenta los costes de la justicia administrativa y tributaria, en nombre del interés fiscal que se persigue. El Solve et Repete se afianzó en el siglo XIX, como forma de garantizar los medios de la Administración Pública para la satisfacción de las necesidades públicas. A simple vista, no es sino una garantía del cumplimiento de pago de la obligación tributaria, en este caso concreto -pues el citado "principio" no es propio del Derecho Tributario- para la Administración, en la ecuación interés fiscal-interés personal que esta debe atender, y resolver.

Con ambos criterios, dígame la obligatoriedad de la vía administrativa en toda su extensión y la condición de pago previo, el ordenamiento jurídico cubano en materia tributaria es consecuente y disciplinado, tal y como estableciera en su momento la Ley Santamaría de Paredes.

La vía administrativa para la solución de determinado conflicto en materia tributaria y la interposición de los recursos en el orden de tal solución son establecidos en el D-L 308; que establece la obligatoriedad del tránsito por dos recursos de carácter administrativo y otro excepcional de revisión como vía administrativa previa.

El artículo 183 de la citada norma, establece que procede el Recurso de Reforma contra las disposiciones siguientes: a) Resolución practicando la determinación administrativa de la deuda tributaria; b) resolución

denegando, total o parcialmente, la devolución o compensación de las cantidades ingresadas indebidamente o en exceso de lo debido; c) las providencias dictadas por la autoridad correspondiente de la Administración Tributaria, que disponen: 1) cambio de domicilio fiscal; 2) inicio de la Vía de Apremio; 3) embargo; 4) ampliación del embargo; o 5) denegando el desembargo total o parcial. d) las sanciones impuestas por la comisión de infracciones tributarias; e) las resoluciones en las que se declara responsable a una persona distinta del contribuyente, retentor o perceptor; y f) la valuación de cualquier bien realizado por los peritos designados por la Administración Tributaria en proceso contencioso administrativo.

Los actos revisables, en consecuencia con la vía administrativa, son aquellos que se han resuelto en sede administrativa, según establece la norma ya citada y que se complementa con lo establecido en la LPCALE (Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico) que regula lo relativo al contencioso administrativo cubano.

Establecido el recurso de Reforma, procede el de Alzada contra las resoluciones de la Administración Tributaria que resuelvan lo solicitado por el sujeto pasivo, atendiendo a las posibilidades que la legislación le brinda. En este momento de Alzada, la interposición del recurso debe ir acompañada, obligatoriamente, del comprobante de pago de la cantidad debida a la Administración Tributaria, corporificándose aquí el solve et repete en el procedimiento tributario cubano. Si bien se señala su presencia, lo trascendental es que ha dejado de exigirse en la interposición del primer recurso, para convertirse en un requisito de admisibilidad del segundo, situación ventajosa para el sujeto, que es posible solo a partir de la promulgación de esta norma, no así las anteriores; no obstante persistir el obstáculo que tamaña exigencia significa para la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

En este punto, resuelto el recurso de Alzada, el sujeto interesado puede interponer demanda ante la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular correspondiente, atendiendo a los límites de competencia establecidos en la legislación vigente, aunque también puede, según los criterios previstos a tales efectos, interponer procedimiento excepcional de revisión, para el que deben concurrir causales de tiempo y hecho específicas, que no se profundizaran por ser de carácter excepcional.

La demanda ante el Tribunal competente, debe interponerse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución administrativa que deniega total o parcialmente la pretensión del interesado en el procedimiento administrativo-tributario, resolviendo la fase procesal de alzada. De esta forma, el proceso contencioso-administrativo establecido en la norma vigente es un proceso que se basa en la existencia de un acto administrativo previo para su posterior análisis ante el tribunal competente, sobre la base de la revisión judicial del mismo. De esta forma, los actos revisables en el proceso contencioso-administrativo deben ser los mismos de la vía administrativa; la demanda en el proceso, por tanto, debe fundarse en las mismas razones en las que se fundaron los recursos de reforma y alzada en la vía administrativa interna.

Al tratarse de seguridad jurídica, cuando se analizan los actos revisables en el proceso contencioso tributario, el silencio administrativo ostenta una especial relevancia.

La norma cubana prevé la apertura del contencioso-administrativo, también, por silencio administrativo. El artículo 672 de la LPCALE establece la posibilidad de que el afectado, ante la no resolución por la autoridad administrativa, puede esperar por la mencionada resolución o establecer el recurso correspondiente, configurándose de esta forma, el silencio administrativo negativo o desestimatorio. De este modo, la norma cubana vigente abraza la teoría del silencio negativo como un acto desestimatorio presunto, que tiene sus raíces en una visión rigorista del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y de sus consecuencias lógicas: la exigencia del acto previo y el necesario agotamiento de la vía administrativa. (García Novoa, C. 2001, p. 171)

De esta forma en materia tributaria sólo tendrían acomodo, atendiendo a lo previsto en la norma procesal vigente, demandas contra el silencio de la Administración ante la interposición de recursos, o sea, la esperada respuesta en Reforma y Alzada o, en casos especiales, en el procedimiento excepcional de revisión ante autoridad administrativa¹⁹.

Asimismo, de la redacción del artículo 672 de la LPCALE se entiende que no resultarán las variantes reconocidas por la doctrina en las que procede el silencio positivo y mucho menos habrá cabida en el contencioso-administrativo para los supuestos de silencio administrativo que se deriven del ejercicio de potestades discrecionales de la Administración Tributaria.

Para el silencio positivo, podrían calificar varias situaciones en las que la ONAT puede o no responder ante determinada solicitud del sujeto pasivo. Una de ellas, quizás la menos sensible y posiblemente la más interesante, es la relacionada con la liquidación provisional de la deuda tributaria y la comprobación de la ONAT. Como bien establece el artículo 58 del Decreto-L No. 308: la liquidación provisional, sólo adquiere carácter de definitiva cuando se comprueba y confirma por la administración tributaria, o cuando haya prescrito el término establecido, lo que no asoma un escenario muy seguro para el sujeto pasivo. En este caso, se imbrican dos cuestiones bien sensibles que resultan de la conjugación del silencio administrativo, con el ejercicio de potestades discrecionales (pues la Administración puede comprobar o no la liquidación inicial presentada). En este caso, el acceso al contencioso pudiera estar negado por dos cuestiones trascendentales para el Derecho Administrativo y para el Derecho Procesal. Ejemplos de esta conjugación, en las que el silencio positivo se ensalza y viste sus mejores galas para el contencioso-tributario: la concesión del aplazamiento de la deuda tributaria, con o sin fraccionamiento de pago y en determinada cantidad de plazos .

Para el caso de la devolución de ingresos indebidos al presupuesto del Estado o en exceso de lo debido, la ley del sistema tributario prevé en el artículo 429 que la solicitud de devolución prescribe al año de efectuado el ingreso al presupuesto, por lo que se cuenta con ese periodo de tiempo para el trámite pertinente, en consonancia con lo establecido en el artículo 102 del D-L 308, por el que el reconocimiento del derecho a la devolución procede de oficio o a instancia de parte. Sin embargo, la figura del silencio puede sucederse en el momento de la atención a la solicitud, para lo que la autoridad competente tiene hasta 60 días prorrogables por otros 30, de ser necesario . La prorrogabilidad del término para dar respuesta, que, según lo estipulado en la Ley, no exige comunicación al sujeto pasivo, puede afectar la comprensión de la situación jurídica por el sujeto y crear confusión en lo relativo al silencio.

Así, el acceso al proceso velado y garantizado por el Juez competente, puede verse vedado, incidiendo en la tutela efectiva de los intereses implícitos en cada caso, y en la necesaria seguridad jurídica que debe transmitir el proceso judicial.

La tutela cautelar

Ha sido la propia necesidad de tutela judicial efectiva (o del debido proceso) y de una adecuada seguridad jurídica en el mismo, el impulso para el desarrollo de la tutela cautelar dentro de la justicia administrativa. Ya figurado como un gran hito del Derecho Procesal Administrativo, superado en muchos ordenamientos jurídicos, el caso cubano presenta vertientes parecidas a las establecidas por Santamaría de Paredes y el resto de los legisladores del momento, en aquel vital cuerpo normativo del siglo XIX. Con independencia de se entienda o no como una estocada a la ejecutividad del acto administrativo/tributario, de lo que realmente se trata- se entiende- es de limitar está a los efectos de lograr la tutela judicial efectiva en el proceso y el tratamiento equiparado a las partes, sobre la base de un catálogo de medidas que, ya por *numerus apertus* o *clausus*, deben estar enfocados a la tutela de los intereses.

En sede judicial, correspondiéndose con las medidas cautelares jurisdiccionales en la doctrina, y según la legislación vigente en Cuba, sólo es posible adoptar la medida cautelar de suspensión del acto tributario impugnado, lo que evidencia la ausencia de un régimen cautelar amplio en la normativa procesal administrativa cubana . La suspensión aparece regulada en los artículos del 692 al 695 de la LPCALE.

En principio, y como resultado del privilegio de autotutela ejecutiva, todos los actos administrativos son ejecutables y no se suspenden automáticamente por haberse interpuesto la demanda en el proceso contencioso, según lo establecido en el artículo 692, que dispone: "El ejercicio de la acción administrativa no impedirá a la Administración ejecutar la disposición (...) salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión"²³. Esta es, entonces, un incidente del proceso que sólo procede por solicitud expresa. Y no puede el tribunal, de oficio, disponerlo, aún bajo el fundamento de la tutela judicial efectiva y

las garantías del proceso. Este constituye un punto en favor de la distanciación de las funciones judiciales y administrativas.

La suspensión del acto tributario impugnado procederá sólo cuando su ejecución cause daños de imposible o difícil reparación, siguiendo la tradición impuesta desde la Ley Santamaría de Paredes, lo que si bien significa un amparo al sujeto pasivo, no lo constituye del todo. De esta forma, el interesado en la suspensión también debe demostrar de forma fehaciente que la ejecución del acto le afectaría en los términos que la norma prevé; y lo que es más, esta suspensión no puede causar grave lesión al interés público. Esto último constituye, sin más, un concepto jurídico indeterminado. Y lo constituye no sólo por la subjetividad aparejada a los términos "grave lesión", sino también porque el interés público declarado en la norma, no tiene por qué coincidir, necesariamente, con el interés fiscal que se persigue en toda relación jurídico-tributaria. Aparece entonces más de una insatisfacción derivada de la redacción de la norma, relacionados con cómo calcular la grave lesión, o determinarla, y el hecho de establecer, en materia tributaria, qué es realmente lo que debe resultar lesionado o resquebrajado. La indeterminación del concepto, imposibilita la mejor comprensión de la norma y perturba la protección jurídica del afectado; que puede ser el contribuyente u otro obligado tributario.

Lo anterior apunta a la protección del crédito tributario y del actuar de la Administración. Y esta tutela se acrecienta en el artículo 694 de la LPCALE. Según lo establecido en este punto, una vez acordada la suspensión, el tribunal exigirá fianza suficiente para responder a lo que resulte del proceso, resultando un privilegio más para la Administración Tributaria en tutela del crédito a su favor. Y lo que es más, la suspensión no comenzará a tener efectos hasta tanto esa fianza no se haya constituido y acreditado en las actuaciones, por lo que entonces, la medida que responde doctrinalmente a la tutela judicial efectiva y a los intereses del administrado, debe primero ser analizada, estudiada, valorada, afianzada y acreditada, antes de oficializarse y comenzar a ejecutarse, respondiendo más a la tutela de la Administración Tributaria y sus intereses que al interesado tributario.

Por su parte, en el posterior artículo 695, no se dispone la forma, medios, métodos, órgano encargado y término para la devolución de la fianza si se estimare la demanda, como tampoco se pronuncia en estos aspectos en el sentido de la desestimación de la demanda y el comiso de la fianza, lo que significa una regulación imprecisa de este sentido.

La tutela cautelar, esencial en toda tutela judicial, muestra aquí un encumbrado ensombrecimiento.

La ejecución de las sentencias

Muy cierta resulta la aseveración de Font i Llovet en el Prólogo a Martín Delgado, I. (2005), p. 9)

"(...) la historia de la ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo es la historia de un lamento (.) de un lamento prolongado". Tal lamento ha propiciado la aparición y desarrollo de estudios que analizan los denominados sistemas de ejecución de sentencias contencioso- administrativas, incluso sustitutivos, a partir de la vinculación de la Administración a aquellos.

En el ordenamiento jurídico cubano, por el contrario, muy poco ha cambiado desde la ya muy nombrada Santamaría de Paredes.

Las sentencias desestimatorias del contenido de la pretensión, poco trascienden al tema de la ejecución, pues al llegar a este punto, ya se ha ejecutado el acto tributario impugnado. Si ha sido declarado suspenso por el Tribunal competente, en incidente cautelar, la propia sentencia reconocería su ejecutabilidad. Por el contrario, Las sentencias estimatorias en las que se condena a la Administración Tributaria a disponer nueva resolución resolviendo de forma distinta a la anterior, devienen en situación que exige análisis en este punto.

El artículo 690 de la LPCALE establece que:

La sentencia estimatoria revocará total o parcialmente la disposición o resolución impugnada y dispondrá la devolución del expediente administrativo para que por la Administración, en el término de treinta días, se dicte nueva disposición o resolución que se ajuste a lo declarado en la sentencia.

Con esta disposición, el tribunal de lo contencioso- administrativo no conocería de la ulterior ejecución del acto administrativo, o incluso, de la necesaria y exacta correspondencia que debe existir entre el escrito judicial y el nuevo pronunciamiento administrativo.

El segundo párrafo del citado artículo ratifica esta posición del Tribunal, al disponer que contra la nueva resolución de la Administración Tributaria no proceda ningún tipo de recurso, aunque existe en este punto la posibilidad del control de la legalidad socialista del acto en cuestión mediante el proceso conocido ante la Fiscalía General de la República, en sus sedes territoriales .

Así, el esquema ejecutivo se vuelve, cuanto más sencillo, menos protector. El tribunal competente, respetando criterios tradicionales , solo remite al asunto a la Administración, respetando no sólo el privilegio de autotutela ejecutiva, sino también los asuntos a conocer, incitándole sólo los caminos del nuevo pronunciamiento. El hecho de que la Administración se convierta "(...) en la encargada material de la ejecución de la resolución judicial, sin fiscalización del tribunal" es un elemento negativo pues "(...) puede perder eficacia al no poder ejercer coacción este órgano como elemento esencial al derecho declarado o constituido en la sentencia, precisamente cuando se destruye la presunción de legalidad que se otorgaba en principio al acto administrativo" . (Carrasco Casí, M. 2006. p. 30).

Por ello no hay más que hacer nuestro el criterio de Carrasco Casí (2006) cuando resumía: "Lo que se acaba de señalar explica que se haya producido una cierta reducción a las expectativas de protección para los beneficiados con los fallos judiciales, porque lo cierto es que se liberó a los órganos jurisdiccionales de la responsabilidad para ejecutar las sentencias que condenen a la Administración o que anulan actos y disposiciones administrativas, a pesar de lo dispuesto en el inciso f) del artículo 7 de la Ley No. 82, al constituir una obligación de interpretar todo el ordenamiento y en particular, la señalada, de acuerdo con la Constitución y, particularmente, del modo más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias" .

Por su parte Díaz Tenrerio y Duharric Hart (2006) sentencian: (...) esta situación peculiar creada por la sentencia, que supone un acto de autoridad frente a otro, ha obligado al legislador a la adopción de un sistema híbrido de ejecución. La sentencia se lleva a efecto a iniciativa del órgano jurisdiccional y bajo su fiscalización inmediata, pero el encargado materialmente de cumplirla es la Administración. El Tribunal no puede sustituir al órgano administrativo en su función.

Conclusiones

Las recientes modificaciones en el ordenamiento jurídico-tributario cubano, en consonancia con la actualización del modelo económico nacional, han ampliado el número y alcance de las relaciones jurídico-tributarias. Pero esta modificación sustantiva, no tiene la consecuencia adjetiva que debe sostener a los procedimientos tributarios, sostenido en pilares fundamentales como el de los principios generales del Derecho, entre ellos, el de seguridad jurídica.

Tomando como punto de referencia lo que hemos catalogado como tres momentos fundamentales en el proceso que debe perseguir el logro de la justicia tributaria -acceso al proceso contencioso administrativo, tutela cautelar y ejecución de sentencias- hemos analizado aquellas cuestiones derivadas de estos puntos, a partir del necesario - y escueto- recorrido histórico que debe hacerse para entender la magnitud del alcance del ordenamiento jurídico y de los cambios necesarios en el mismo.

En función de la seguridad jurídica, de principio a fin, hemos identificado determinadas deficiencias que inciden negativamente en la observación de aquel principio dentro de los procedimientos para la revisión judicial de los actos de la Administración Tributaria en Cuba. Estas deficiencias se relacionan con la exigencia del cumplimiento de la vía administrativa previa, en los dos recursos que la corporifican, adicionada a la exigencia del solve et repete. Los mayores obstáculos se centran en el acceso al contencioso, atendiendo a su carácter revisor, y en la poca o mínima atención que le merece el silencio administrativo, ya positivo o negativo.

Admitida la demanda contentiva de la pretensión, la tutela cautelar no se constituye como aquel incidente capaz de prever, por la naturaleza de la cautela, que se asegure aquello que interesa, estrechamente relacionado con el objeto del proceso. Bajo una sola figura, la suspensiva, la seguridad jurídica que debe inspirar, y de hecho inspira en algunos ordenamientos jurídicos, no resulta adecuada. Mucho menos lo es cuando finalizamos el análisis de la ejecución de sentencias: la distancia trazada entre juez y administración tributaria no resulta satisfactoria para la seguridad jurídica.

Artículos originales

Régimen político y calidad de las leyes en Cuba*

Political Regime and Quality of Laws in Cuba

C. Yoel Carrillo García**

** Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

* Artículo recibido el 22 de octubre de 2009

Aceptado para publicación el 22 de enero de 2010.

Resumen

El objetivo básico de este trabajo es identificar las principales causas que, desde el punto de vista institucional, normativo, teórico y metodológico, afectan la calidad de las leyes en Cuba. Para conseguirlo, se hace una descripción general del régimen político establecido en la Constitución de 1976, y se utilizan los instrumentos analíticos desarrollados por la teoría y la técnica de la legislación en los últimos treinta años, y sus antecedentes en los siglos XVIII y XIX. De las conclusiones obtenidas se deriva un conjunto de recomendaciones que, a juicio del autor, podrían contribuir a mejorar la calidad de las leyes en Cuba.

Palabras clave: régimen político cubano, sistema electoral, calidad de las leyes, procedimiento legislativo, diversidad de legisladores.

Abstract

The objective of this work is to identify the main causes that, from the institutional, normative, theoretical and methodological point of view, affect the quality of the laws in Cuba. After a general description of the political regime established in the Constitution of 1976 are used the analytic instruments developed by the theory and the technique of the legislation in the last thirty years and its antecedents in the XVIII and XIX centuries. Related with the conclusions obtained, a group of recommendations are formulated, considering that they could contribute to improve the quality of the laws in Cuba, in the author's opinion.

Keywords: cuban political regime, electoral system, quality of the laws, legislative process, legislative procedure.

Sumario

I. Introducción. II. El régimen político cubano. III. El proceso legislativo. IV. Calidad de las leyes. Algunas ideas para el futuro.

I. Introducción

"La producción de leyes es una de las funciones principales que realiza el Estado dentro de las organizaciones políticas modernas". Esa afirmación podría pasar como cierta a un lector desprevenido, y un escritor descuidado podría darla como tal sin más análisis. Sin embargo, el "Estado", como forma de organización política no crea, ni destruye ni produce nada: quienes crean, producen o destruyen son los hombres que ejercen el poder político dentro de esa compleja organización. En esto parece que los antiguos tenían mayor claridad que los modernos: para aquéllos las leyes eran de Solón, Licurgo, Justiniano... poniendo en evidencia que existía una relación directa entre el contenido de la ley y la voluntad de quien ejercía el poder político. Para los modernos, las leyes son simplemente producidas por el "Estado", sin percatarse que detrás, por encima o por debajo del "Estado" se encuentran hombres, de carne y hueso, con intereses, aspiraciones, filias y fobias, que las imponen al resto de la sociedad a través de las leyes, en virtud de la posición de poder que ocupan dentro de ella.

Pero se debe decir algo más sobre este asunto: los políticos, que ocupan las posiciones de mando dentro del Estado, tampoco son los que hacen materialmente las leyes, para eso cuentan con una compleja red de funcionarios burocráticos puestos a la orden para traducir en disposiciones jurídicas sus decisiones políticas; por ese camino se llega al punto de que las leyes que se atribuyen al "Estado" no son ni siquiera hechas por las personas que aparecen públicamente como sus representantes, sino por oscuros individuos, verdaderos especialistas que tienen a su servicio los medios materiales, personales y financieros necesarios para ejecutar con eficiencia y brevedad su tarea.

Eso explica el hecho de que algunos estudiosos de la legislación hayan propuesto como medida para mejorar su calidad, la publicación del nombre del funcionario encargado de la elaboración material de cada una de las leyes, con el doble objetivo de evaluar su capacidad como legista y someter su trabajo al escrutinio público. Lamentablemente, no es de esperar que esa medida sea llevada a la práctica, por que pondría en evidencia la verdadera humanidad del trabajo legislativo, que suele presentarse bajo una aureola de divinidad, aunque ciertamente su dios es más terrible que cualquier otro, porque es manejado por los hombres. Ese dios es el "Estado".

En este trabajo, que tiene como fondo esas ideas apenas enunciadas, se pone en relación la forma de organización y funcionamiento del régimen político cubano con la calidad de las leyes producto de su actividad legislativa. No se trata de que la calidad de las leyes depende sólo del régimen político,¹ ni de analizar cuáles son las consecuencias de las leyes así producidas, sino de explicar en qué medida la historia política de Cuba, en los últimos cincuenta años, le ha impreso al procedimiento legislativo y a las leyes resultantes su cualidad dinámica, reactiva, a veces intensa y otras veces imperceptible, contingente, sin proyección a largo plazo y sin una sistemática coherente.

Un estudio así tiene por fuerza que ser realizado mirando a los hechos, a la teoría que los recrea y a las leyes que resultan de ellos; para transitar por esa vía, el método de investigación histórica, junto al análisis de contenido, aplicado a libros, leyes, folletos, publicaciones periódicas o discursos públicos, resulta el más apropiado.

La estructura interna del trabajo se divide en cuatro partes: en la introducción se expone el marco teórico y metodológico de fondo; en el primer epígrafe se explica cómo debe integrarse y funcionar legalmente el régimen político cubano junto a algunas ideas que lo sustentan, poniendo nombres donde es pertinente, para reforzar la idea de que el Estado no existe al margen de los hombres que ocupan los puestos de mando, sobre todo cuando esos hombres se mantienen ligados al ejercicio del poder durante un tiempo prolongado; el segundo epígrafe es un estudio de los principales factores que afectan la calidad de las leyes en Cuba, entre las que se encuentra algunas peculiaridades del régimen político y su modo de proyectarse sobre las relaciones sociales.

El trabajo termina con unas ideas para el futuro que vinculan ambos epígrafes en torno a la calidad de las leyes, haciendo algunas sugerencias que desde el punto de vista teórico, metodológico, normativo e institucional podrían contribuir a una mayor coherencia y eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto, y de las leyes individualmente consideradas.

No se formulan conclusiones al final del trabajo, porque se exponen dentro del texto las conclusiones parciales, y porque al tratarse de un tema con muchas aristas sensibles hacia el interior de la realidad política cubana, algunas cuestiones se dejan abiertas a la interpretación del lector interesado. La conclusión más general, sin embargo, es que el proceso legislativo real, burocrático y centralizado, sometido más a las determinaciones políticas contingentes que a reglas procedimentales estandarizadas y públicamente cognoscibles, que da oculto detrás de la estructura del régimen político, y detrás de ambos, las personas reales que ejercen el poder político y los funcionarios que traducen en disposiciones jurídicas supuestamente impersonales las decisiones de aquéllos.

Y todo esto tiene como consecuencias la cuestionable calidad del proceso de producción legislativa del

derecho en general, la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, y la calidad de muchas leyes y disposiciones jurídicas individualmente consideradas.

II. El régimen político cubano

En una acepción mínima, la expresión "régimen político" tiene, en el ámbito de los saberes que se dedican al estudio de "lo político" y "la política", un significado que se asocia al análisis de un conjunto de variables que se supone deben estar presentes en una organización política determinada. Esas variables hacen referencia a elementos estructurales y funcionales que permiten identificar, desde un punto de vista estático, los elementos que componen el régimen político y el lugar que ocupa cada uno en su estructura general y, desde un punto de vista dinámico, las funciones que realiza cada uno dentro de su estructura y las interrelaciones que se dan entre ambos.

El análisis anterior se puede hacer desde dos perspectivas metodológicas diferentes: desde una perspectiva jurídico-formal, el régimen político se puede estudiar a través de la regulación jurídica de las instituciones del derecho público, donde se establecen los diferentes órganos que lo integran, las formas en que cada uno se constituye, las funciones que les corresponde realizar y las interrelaciones que deben darse entre ellos; y desde una perspectiva sociológica, el régimen político puede estudiarse comparando lo que dicen las normas de derecho público con lo que de hecho sucede en la realidad política, para determinar hasta qué punto lo que jurídicamente debe ser corresponde con las relaciones políticas que se establecen al interior de la sociedad, con lo que de hecho sucede en esa práctica.²

En la primera parte de este estudio adoptaré básicamente la perspectiva jurídico-formal para explicar cómo se deben integrar legalmente los principales órganos del régimen político cubano y cuál es su dinámica de funcionamiento; no obstante, recurriré a la explicación de elementos ideológicos o sociológicos en la medida en que permitan una mejor comprensión de la regulación jurídica vigente y su eventual influencia en la calidad de las leyes.

Una exposición básica del régimen político cubano debe tomar en cuenta las siguientes variables:

- a) Caracteres formales de la integración y funcionamiento de los órganos del Estado.
- b) Sistema electoral.
- c) Formas de participación popular.
- d) Organizaciones políticas.

1. Caracteres formales de la integración y funcionamiento de los órganos del Estado

El actual régimen político, tal como fue configurado en la Constitución de la República de 1976, es producto del desarrollo del proceso revolucionario iniciado en la sociedad cubana a partir del 1o. de enero de 1959; de modo que para comprender los principales fundamentos políticos, teóricos e ideológicos que lo sustentan es preciso hacer una breve reseña histórica.³

Cuando, el 3 de enero de 1959, se constituyó el primer Consejo de Ministros del Gobierno Revolucionario en la Biblioteca de la Universidad de Oriente, se organizó una forma de gobierno que debía adaptarse a las urgencias de los primeros años de la revolución; el poder ejecutivo era ejercido por el presidente de la República⁴ asistido por el Consejo de Ministros;⁵ y el poder judicial por el Tribunal Supremo.

En aquella reunión, el presidente del Gobierno Provisional, doctor Manuel Urrutia Lleó, declaró cesantes en sus cargos a las personas que ocupaban, respectivamente, la presidencia de la República y las funciones legislativas; declaró disuelto el Congreso de la República, cuyas funciones legislativas asumiría el Consejo de Ministros, y cesantes los gobernadores, alcaldes y concejales municipales que constituían la autoridad política en sus respectivas demarcaciones territoriales.⁶

Así, con sucesivos cambios, ampliaciones y reorganizaciones internas, el presidente de la República y el Consejo de Ministros ejercieron el poder político hasta 1976 en que, después de puesta en vigor la Constitución de la República de 1976, fueron constituidos los órganos del poder popular. Para organizarlos se realizó en la provincia de Matanzas un experimento legislativo de gran alcance en que se pusieron a prueba los elementos esenciales que debían constituir el nuevo régimen político que adoptaría el país.⁷

Para la redacción del Anteproyecto de Constitución, que debía recoger los resultados de aquel experimento, y los principios de organización y funcionamiento del régimen político se constituyó, en 1974, por acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró político del Partido Comunista de Cuba, una comisión integrada por miembros de ambas instituciones, con el objetivo de redactar el primer borrador de lo que sería la futura Constitución de la República.⁸

Ésos son, en síntesis, los antecedentes del actual régimen político, a los que hay que añadir algunos fundamentos teóricos e ideológicos tomados, tanto en su expresión constitucional como en la práctica política, de la historia política y constitucional cubana y del marxismo-leninismo de origen soviético.⁹

La Constitución resultante, que fue puesta en vigor el 24 de febrero de 1976, ha sido modificada en tres ocasiones: 1978, 1992 y 2002; la reforma de 1992 tuvo un alcance significativo en cuanto a la estructura y funcionamiento del régimen político y a sus fundamentos ideológicos; a ellos haré referencia en la medida en que sean necesarios para contrastar la regulación actual con la de 1976 e identificar los cambios introducidos.

En cuanto a la organización estatal, la Constitución establece que la Asamblea Nacional del Poder Popular (en adelante, Asamblea Nacional) es el máximo órgano del poder del Estado, y representa y expresa la voluntad popular; se integra por diputados elegidos para un periodo de cinco años por el voto libre, directo y secreto de los ciudadanos en pleno goce de sus derechos políticos; es el único órgano con potestad constituyente y legislativa;¹⁰ se reúne en sesiones ordinarias dos veces al año (normalmente en julio y diciembre) y en sesiones extraordinarias cuando sea convocada por el Consejo de Estado o por acuerdo de la tercera parte de los diputados; es una asamblea unicameral que para realizar su trabajo se auxilia de comisiones especializadas en diferentes esferas de relaciones sociales, que pueden ser de carácter permanente o temporal;¹¹ no está dividida en grupos parlamentarios regionales o de cualquier otra naturaleza: sus miembros son representantes del pueblo en su conjunto, y no de la circunscripción por donde fueron elegidos o de las organizaciones a las que pertenezca; de entre sus diputados la Asamblea Nacional elige a su presidente, vicepresidente y secretario.¹²

Entre uno y otro periodo de sesiones, la Asamblea Nacional es representada por el Consejo de Estado, quien ejecuta los acuerdos de aquélla y cumple las demás funciones que le atribuye la Constitución;¹³ éste es un órgano colegiado que a los fines nacionales e internacionales ostenta la representación del Estado; está compuesto por un presidente, un primer vicepresidente, cinco vicepresidentes, un secretario y 23 miembros más, todos elegidos por la Asamblea Nacional de entre sus diputados; el presidente del Consejo de Estado es también presidente del Consejo de Ministros y jefe de Estado y de Gobierno.¹⁴

La función ejecutiva del Gobierno la realiza el Consejo de Ministros, que es el máximo órgano ejecutivo y administrativo, y constituye el Gobierno de la República; sus miembros son elegidos por la Asamblea Nacional a propuesta del presidente de aquél; está integrado por un presidente, el primer vicepresidente (que es también primer vicepresidente del Consejo de Estado) los vicepresidentes, los ministros, el secretario y los demás miembros que determine la ley; durante el periodo que media entre una y otra de sus reuniones, su Comité Ejecutivo puede decidir sobre las cuestiones que le están atribuidas.¹⁵

La función judicial es realizada por el Tribunal Supremo Popular, cuyo presidente, vicepresidente y demás jueces son elegidos por la Asamblea Nacional; los tribunales que lo integran constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro y subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado; su función básica consiste en impartir justicia en nombre del pueblo.¹⁶

Otro de los órganos que integran el régimen político cubano es la Fiscalía General de la República cuyo titular, el fiscal general de la República, al igual que los vicefiscales generales, son elegidos por la Asamblea Nacional; a este órgano corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución,

las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado.¹⁷

Finalmente, como órgano creado en tiempos de paz para dirigir al país en las condiciones de estado de guerra, durante la guerra, la movilización general y el estado de emergencia, está el Consejo de Defensa Nacional; su titular es el presidente del Consejo de Estado.¹⁸

Al ser Cuba un Estado unitario, cada uno de estos órganos tiene su representación en las diferentes demarcaciones territoriales en que está dividido el país.

2. Sistema electoral

Pese a lo que normalmente suele creerse en el extranjero, en Cuba se desarrollan, desde 1976, elecciones para la integración de algunos órganos que integran el régimen político. El actual sistema electoral, cuyos principios están establecidos en la Constitución y su desarrollo en la Ley núm. 72, 1992, de la Ley Electoral, tiene sus antecedentes en el proceso electoral que se realizó en la provincia de Matanzas en 1974, cuyo fundamento legal fue la Ley núm. 1269, 1974, en la que se establecieron los principios básicos del sistema electoral, según el cual debían desarrollarse las elecciones en el marco del experimento; ese fue el primer proceso electoral realizado en Cuba después de 1959, aunque la Ley Fundamental del 7 de febrero del propio año había previsto la elaboración de un Código Electoral, y la constitución de un Tribunal Superior Electoral; pero ninguna de las dos previsiones constitucionales fue ejecutada.¹⁹

La Ley Electoral vigente (Ley núm. 72, 1992)²⁰ establece dos tipos de elecciones:

- a) Las elecciones generales que se realizan cada cinco años, y en las que se renuevan todos los órganos representativos (Asamblea Nacional, Consejo de Estado y asambleas provinciales y municipales del poder popular).
- b) Las elecciones parciales que se realizan cada dos años y medio, en que sólo se eligen a los delegados a las Asambleas Municipales del poder popular.²¹

Para exponer cómo se desarrolla el proceso y cuáles son los órganos que se eligen explicaré esquemáticamente las elecciones generales.

Con el objetivo de organizar, dirigir y validar los procesos electorales se crean las Comisiones Electorales: la Comisión Electoral Nacional, las Comisiones Electorales Provinciales, Municipales y de Distrito, las Comisiones Electorales de Circunscripción y las Comisiones Electorales Especiales, cuando son necesarias. Son comisiones creadas ad hoc para cada proceso electoral; los miembros de la Comisión Electoral Nacional son designados por el Consejo de Estado; los de las Comisiones Electorales Provinciales y Especiales por la Comisión Electoral Nacional, los de las Comisiones Electorales Municipales por la Comisión Provincial y los de las Comisiones de Distrito por la Comisión Municipal correspondiente.

Otra autoridad que interviene en el proceso electoral son las Comisiones de Candidaturas Nacional, Provincial y Municipal, cuya función consiste en elaborar y presentar los proyectos de candidaturas de delegados a las Asambleas Provincial es y de diputados a la Asamblea Nacional, y para cubrir los cargos que eligen cada una de ellas.²²

Las elecciones son convocadas por el Consejo de Estado y comienzan con la elección de los delegados de circunscripción que integran las Asambleas Municipales; el proceso debe transcurrir, legalmente, así:

- 1) Los ciudadanos residentes en las diferentes circunscripciones electorales creadas al efecto se reúnen y proponen directamente a los candidatos, que deben ser como mínimo dos para que se pueda escoger entre ellos.²³
- 2) El día para el que se fijan las elecciones, los ciudadanos con derecho al voto eligen al candidato de su preferencia mediante el voto libre, directo y secreto; el que obtenga la mayoría simple resulta elegido e integra la Asamblea Municipal de su municipio. De entre los delegados se elige un presidente y un

vicepresidente a partir de una lista previamente elaborada por la Comisión de Candidaturas Municipal en la que aparece un candidato para cada puesto a cubrir (en el caso del presidente y vicepresidente se puede marcar para cualquiera de los dos cargos a los candidatos propuestos para cubrirlos).

3) Después de constituidas las Asambleas Municipales se procede —en una sesión convocada al efecto— a la elección de los delegados a las Asambleas Provinciales; los precandidatos son propuestos por la Comisión de Candidatura Municipal y la lista es remitida a la Comisión de Candidaturas Provincial (el número de delegados a las Asambleas Municipales propuestos como precandidatos a delegados a la Asamblea Provincial no debe exceder del 50% del total de los precandidatos propuestos para dichos cargos en cada municipio); ésta remite nuevamente a las Comisiones de Candidaturas, de los municipios que integran la provincia, la lista de los precandidatos a delegado a la Asamblea Provincial (el 50% propuesto por las Asambleas Municipales, y el otro 50% propuesto por la Comisión de Candidaturas Provincial).

4) Corresponde también a la Comisión de Candidaturas Municipal remitir a la Comisión de Candidaturas Nacional la propuesta de precandidatos a diputados a la Asamblea Nacional, seleccionados de entre los delegados la Asamblea Municipal correspondiente (el 50% propuesto por las Asambleas Municipales y el otro 50% propuesto por la Comisión de Candidaturas Nacional).²⁴

5) Después de conformadas cada una de las listas de precandidatos a delegados a la Asamblea Provincial y diputados a la Asamblea Nacional se somete a la aprobación de las Asambleas Municipales, las que pueden rechazar alguno de los precandidatos, exponiendo en cada caso las razones que le asisten; la exclusión del precandidato rechazado debe ser aprobada por la mayoría de los delegados presentes; si es aprobada, el presidente de la Comisión de Candidaturas Municipal hace una nueva propuesta.

6) Cumplido el trámite anterior, el presidente de la Comisión de Candidaturas Municipal somete las proposiciones, individualmente, a votación de los delegados a la Asamblea Municipal; la votación se realiza a mano alzada y resultan aprobados los que obtengan más de la mitad de los votos de los delegados presentes; si alguno no obtiene los votos necesarios, la Comisión de Candidaturas Municipal hace una nueva proposición, que se somete al mismo procedimiento. Los precandidatos aprobados son ahora candidatos.

7) Completadas las listas de candidatos a delegados a la Asamblea Provincial y de diputados a la Asamblea Nacional, el Consejo de Estado convoca a las elecciones que se realizarán el mismo día en todo el país; en las listas de candidatos los electores no pueden incluir otros nombres ni modificar el orden en que aparecen;²⁵ y los puestos cuyos candidatos no obtengan los votos necesarios, quedan vacantes.

8) Después de elegidos los delegados a las Asambleas Provinciales y los diputados a la Asamblea Nacional se procede a su constitución; en la sesión constitutiva de la Asamblea Provincial se procede a la elección, de entre los delegados, del presidente y vicepresidente, siguiendo el mismo procedimiento establecido para dichos cargos en la Asamblea Municipal.

9) En la sesión constitutiva de la Asamblea Nacional se eligen a su presidente, vicepresidente y secretario a partir de la candidatura elaborada por la Comisión Nacional de Candidaturas: para cada puesto a cubrir se propone un candidato que debe obtener más del 50% de los votos válidos emitidos.

10) También en la misma sesión se procede a elegir a los miembros del Consejo de Estado, para lo cual la Comisión de Candidaturas Nacional hace las proposiciones para presidente, primer vicepresidente, los cinco vicepresidentes, el secretario y de más miembros; el procedimiento para su aprobación es el mismo establecido para elección del presidente, vicepresidente y secretario de la Asamblea Municipal.

11) Uno de los principios que rigen el sistema electoral consiste en la posibilidad de que los elegidos para ocupar cualquiera de los cargos mencionados puede ser revocado por quien lo eligió, lo cual le confiere a los electores, al menos teóricamente, un mecanismo de control permanente sobre sus representantes.²⁶

12) Como "eslabón intermedio" entre las Asambleas Municipales y los electores se encuentran los Consejos Populares, incorporados a la Constitución en la reforma de 1992.²⁷

Para completar el resumen del proceso electoral y comprender la lógica de su funcionamiento, es preciso insistir en cuatro elementos fundamentales:

a) El primero de ellos está relacionado con la ausencia de partidos políticos o cualquier otro tipo de organización política que presente candidatos y haga propaganda a favor de ellos; su nominación corresponde a los ciudadanos (en el caso de los candidatos a delegados a las Asambleas Municipales) o a las Comisiones de Candidaturas; las organizaciones que participan (que no son políticas sino "sociales y de masas") lo hacen a través de sus representantes que integran las Comisiones de Candidaturas. En consecuencia, las elecciones no son competitivas (para cada cargo a elegir se propone un candidato para que lo cubra), salvo en la elección de los delegados a las Asambleas Municipales en las que para un puesto se deben presentar como mínimo dos candidatos.

b) Asociado a esa característica está el hecho de que no hay propaganda electoral a favor de los candidatos para cualquiera de los puestos a ocupar; este fue un principio que estaba ya establecido en la ley electoral a través de la cual se reguló las elecciones experimentales en la provincia de Matanzas, en la que quedó "prohibida la realización de propaganda a favor de los candidatos, a la manera de charangas, con uso de pasquines o de otras formas por el estilo".²⁸ De hecho, dentro de los principios de la "ética electoral" establecidos en la ley vigente se establece que los procesos electorales deben ser ajenos a "toda forma de oportunismo, demagogia y politiquería", y que "la propaganda que se realizará será la divulgación de las biografías, acompañadas de reproducciones de la imagen de los candidatos, la cual será expuesta en sitios públicos o a través de los medios de difusión masiva del país". Asimismo, se establece que "los candidatos podrán participar de conjunto, en actos, conferencias y visitas a centros de trabajo e intercambiar opiniones con los trabajadores... sin que ello se considere campaña de propaganda electoral".

c) Uno de los elementos centrales del proceso electoral lo constituye las Comisiones de Candidaturas, cuya función es doble: les corresponde proponer el 50% de los precandidatos a delegados a las Asambleas Provinciales y de los diputados a la Asamblea Nacional que deben ser aprobados como candidatos por las Asambleas Municipales (ese 50% normalmente está constituido por personalidades destacadas en el ámbito de la ciencia, la cultura, el deporte o funcionarios públicos que, por no tener una vida social "normal" en su comunidad, son propuestos por esas comisiones "para garantizar la representación de esos sectores sociales en los órganos elegidos") y proponer los candidatos para cubrir los cargos electivos dentro de cada Asamblea, y del Consejo de Estado.

d) Las Asambleas del poder popular no son órganos que funcionan de manera permanente: se reúnen normalmente dos veces al año por un periodo que suele oscilar entre uno y tres días; el resto del tiempo son representadas por el Consejo de Estado (en el caso de la Asamblea Nacional) o por el Consejo de Administración (Provincial o Municipal) cuyo presidente y vicepresidente son por derecho propio presidente y vicepresidente de la respectiva Asamblea;²⁹ para realizar sus funciones se constituyen comisiones permanentes o temporales de acuerdo a sus necesidades. Los que no ocupan cargos de dirección dentro de la Asamblea o no son miembros de sus comisiones permanentes (o aún siéndolo en muchos casos), normalmente continúan en los puestos de trabajo que ocupan y reciben su salario por él; el ser delegado o diputado no implica, legalmente, ningún privilegio o beneficio económico adicional.

3. Formas de participación popular

De acuerdo con el artículo 30. de la Constitución: "En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan". Según ese precepto constitucional, se pueden distinguir dos formas de participación popular: a) directa y b) indirecta, a través de los representantes elegidos.

a) Las formas de participación popular directa son cada vez más complejas en los regímenes políticos

contemporáneos, en los que la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos está cada vez más mediatizada por las organizaciones de toda índole; de modo que en las actuales democracias representativas lo que queda de la participación popular directa se reduce a las elecciones de representantes para los diferentes órganos del Estado que se integran a través de ese proceso, la participación en referendos y consultas populares y la iniciativa legislativa popular.

Esas tres formas de participación política directa están reguladas en el ordenamiento jurídico cubano:

- La elección directa de los representantes ha evolucionado desde los tiempos en que los ciudadanos sólo elegían directamente a los delegados a las Asambleas Municipales³⁰ hasta que se estableció la elección directa, por los ciudadanos, de los delegados a las Asambleas Municipales y Provinciales, y los diputados a la Asamblea Nacional.³¹
- El único referendo popular realizado fue para la aprobación del Proyecto de Constitución en 1976.
- Las consultas populares han sido más frecuentes, sobre todo para el análisis de proyectos de leyes a través de los que se regulan relaciones sociales de gran trascendencia; su convocatoria es facultad discrecional de la Asamblea Nacional.
- La iniciativa legislativa popular sólo fue ejercida en 1992 cuando se presentó ante el presidente de la Asamblea Nacional el llamado "Proyecto Varela", pero no fue sometido a discusión por que la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos lo consideró inconstitucional.
- También la nominación de los candidatos a delegados a las Asambleas Municipales es una forma de participación popular directa.
- Una forma peculiar de participación popular directa la constituye el proceso de rendición de cuentas que realizan los delegados a las Asambleas Municipales, en el cual los electores reciben información de la gestión realizada por aquéllos y le plantean los problemas de la circunscripción que deben ser resueltos y de los que debe informar en la próxima reunión; ese proceso se cumple rigurosamente todos los años.

b) La forma indirecta de participación popular se manifiesta en que los elegidos deben ejercer sus funciones en nombre y en interés de sus representantes, so pena de ser sometidos a un proceso de revocación del mandato conferido; también se manifiesta en la elección de los titulares de los cargos dentro de las Asambleas del poder popular a todos los niveles y del Consejo de Estado, cuya elección se realiza por los representantes elegidos por el voto directo de los ciudadanos.

4. Organizaciones políticas

Como ya quedó expresado, en el proceso electoral los candidatos son propuestos directamente por los ciudadanos, las Asambleas Municipales o las Comisiones de Candidaturas, y en ese proceso no interviene ninguna organización política, si por ello se entiende aquellas que inscriben y presentan sus propios candidatos y hacen propaganda electoral a favor de ellos con el objetivo de obtener los votos de los electores y convertirlos en cargos públicos. Ese hecho suscita inmediatamente dos interrogantes: si existen o no organizaciones políticas en Cuba, y cuál es su carácter, y qué función realizan dentro del régimen político, aclarado ya que no es una función electoral.

La primera y más importante de las organizaciones políticas es el Partido Comunista de Cuba; también es una organización política la Unión de Jóvenes Comunistas, reconocidas en los artículos 5 y 6 de la Constitución, respectivamente. Las demás organizaciones que, según el artículo 7o. de la Constitución, son reconocidas por el Estado son aquellas que "surgidas en el proceso histórico de las luchas de nuestro pueblo, que agrupan en su seno a distintos sectores de la población, representan sus intereses específicos y los incorporan a las tareas de la edificación, consolidación y defensa de la sociedad socialista". Representantes de éstas últimas son los que integran las Comisiones de Candidaturas que participan en el proceso electoral.³²

Se trata de "organizaciones de masas y sociales"³³ que cumplen una doble función: por una parte, representan los intereses de sus miembros y, por otra, realizan en alguna medida tareas estatales³⁴ que les son encargadas en determinadas esferas de la sociedad; cumplen también una importante función política, ya que a través de ellas se transmiten a sus miembros la política del Gobierno en la esfera de su influencia; también son una fuente importante de socialización, reclutamiento político y formación de "cuadros".³⁵

contemporáneos, en los que la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos está cada vez más mediatiz.

El Partido Comunista de Cuba, el único legalmente reconocido dentro del régimen político, no es un partido cuya función básica, como en cualquier régimen político contemporáneo, es la participación en el proceso electoral con todo lo que ello implica.³⁶ Su posición dentro del régimen político, así como su función principal, está regulada escuetamente en el artículo 5o. de la Constitución y dice así: "El Partido Comunista de Cuba, marxista y marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista".³⁷

Fue constituido en 1965, después de un proceso de unión de las diferentes fuerzas políticas existentes en el país que habían contribuido al triunfo de la revolución, y desde entonces ha sido la fuerza política dirigente de la sociedad y del Estado; se trata de una organización política situada por encima de cualquier otra, incluso del propio Estado,³⁸ y de la cual emanan las líneas fundamentales del desarrollo del país en todos los órdenes de la vida social que son trazadas por el Congreso, que según sus estatutos debe realizarse cada cinco años;³⁹ ha sido históricamente la principal fuente de reclutamiento político y formación de cuadros, y normalmente sus secretarios provinciales son los que ocupan luego las posiciones claves dentro del Estado, el Gobierno y el propio Partido. La historia de su función dentro del régimen político está en gran parte resumida en el informe central de cada uno de los congresos celebrados.

En cuanto a lo que aquí interesa esencialmente, la relación entre el régimen político y la calidad de las leyes, el Partido cumple una función esencial, ya que es la principal fuente de impulsos legislativos a partir de los cuales se desencadena todo el procedimiento legislativo del que se hablará a continuación⁴⁰ y, por otra parte, sus disposiciones son consideradas por algunos autores como una fuente indirecta de derecho, particularmente en el ámbito de su aplicación en sede administrativa.⁴¹

III. El proceso legislativo⁴²

Es un hecho notorio el que sólo a partir de la década de los años setenta, los estudios sobre la legislación han ocupado un lugar significativo dentro de las investigaciones jurídicas; pero constituye un error considerar que se trata de un campo de investigación virgen, si bien el abandono que sufrió durante un tiempo prolongado impidió que las bases establecidas por sus primeros cultivadores cimentaran un sólido cuerpo teórico y metodológico, capaz de hacer frente a las características de la legislación en el Estado contemporáneo.

Los aportes de los primeros teóricos de la legislación, como Montesquieu,⁴³ Gaetano Filangieri⁴⁴ y Jeremy Bentham,⁴⁵ no fueron desarrollados por el pensamiento jurídico posterior por diversas razones, entre las cuales se cuenta la reducción del derecho a la manifestación de la voluntad política que sólo constituye objeto de conocimiento para la dogmática jurídica, una vez puesto en vigor y, en consecuencia, el desplazamiento de los problemas de fundamentación de las leyes al ámbito político, y la constitución de una teoría del derecho formalista y pretendidamente a-política.

De manera que nos encontramos, desde hace más de tres décadas, ante un renacimiento de los estudios sobre la legislación, con la particularidad de que los problemas actuales que debe enfrentar tal teoría son cualitativa y cuantitativamente diferentes a los que se plantearon y trataron de resolver sus primeros cultivadores.

Si en los tiempos de J. Bentham se trataba de la necesidad de que el legislador expusiera las razones de las leyes, de que el derecho debía ser reducido a derecho escrito y de fácil conocimiento para sus destinatarios, hoy se trata, además de estos temas no resueltos completamente, de la evaluación de los resultados obtenidos con la vigencia de la ley, de su impacto social e individual e incluso de valorar las posibles alternativas antes de emprender una intervención legislativa para resolver un determinado problema social.

El centro de gravedad se ha desplazado desde los problemas filosóficos de fundamentación hacia los problemas pragmáticos de medio-fin.

Se trata evidentemente de una ampliación considerable de los problemas que deben enfrentar hoy los estudios sobre la legislación que impone la necesidad de refinar los métodos de investigación y perfilar la perspectiva de análisis para hacerles frente satisfactoriamente.

Por esa razón, desde el punto de vista metodológico, es preciso analizar las ideas tradicionales acerca del proceso de producción legislativa del derecho y, en caso necesario, ensayar diferentes alternativas de solución que permitan perfeccionarlo, allí donde conduce a resultados in-satisfactorios o donde éstos pudieran ser más congruentes con principios como la jerarquía normativa, la seguridad jurídica y la proporcionalidad que deben expresarse a través de las leyes.

En lo que sigue, aplicaré ese "punto de vista metodológico" al análisis del procedimiento legislativo en Cuba. Para que los resultados sean satisfactorios, es preciso realizar dos operaciones diferentes:

- a) Analizar cómo ha sido planteado y resuelto desde el punto de vista teórico.
- b) Cómo ha sido regulado y por qué fases debe transcurrir desde el punto de vista legislativo-institucional.

1. Desde el punto de vista de su tratamiento, en una muestra de la literatura especializada publicada en los últimos 30 años en Cuba, el proceso legislativo ha estado asociado al estudio de las fuentes formales del derecho, dentro de las cuales ocupa un lugar exclusivo el acto normativo (la ley en sentido general).⁴⁶ Su exposición ha consistido en identificar y explicar cada una de las fases por las que transcurre la actividad legislativa en orden cronológico; así, Fernando Cañizares, después de considerar que:

Los cuerpos deliberativos colegiados realizan la función legislativa valiéndose de procedimientos que pueden ser diferentes, pero que llevan todos la misma finalidad: formalizar la función de modo que las determinaciones legislativas no se promulguen y publiquen sino hasta después de haber sido suficientemente estudiadas, analizadas, discutidas y aprobadas previa y amplia deliberación, para garantizar su mayor efectividad, evitando precipitaciones, acuerdos secretos y demás vicios de la legislación que suelen ser tan funestos.

Identificó como "fases del procedimiento formativo de las leyes" la iniciativa legislativa, la discusión del proyecto, la aprobación o sanción, la promulgación y la publicación.⁴⁷

Por su parte, A. V. Michkievich afirma que el proceso legislativo es "el más complejo de todos los procesos normativos" e identifica como "fases del proceso de creación del acto normativo" la iniciativa legislativa, discusión, aprobación por el órgano de creación jurídica y publicación del acto normativo.⁴⁸

Finalmente, Julio Fernández Bulté, después de afirmar que "el desarrollo del constitucionalismo burgués, sobre todo después del siglo XIX, condujo a que casi todas las constituciones establecieran, con mayor o menor minuciosidad, los pasos fundamentales en el proceso de formación del acto normativo... el procedimiento requerido para asegurar la legitimidad de la función legisferante", identifica como "fases o etapas esenciales del proceso del acto normativo" la iniciativa legislativa, la discusión del proyecto legislativo, la votación y aprobación del proyecto, la promulgación del acto normativo, la publicación y la entrada en vigor.⁴⁹

Esa enumeración puede ser complementada con el análisis que hace el propio autor sobre la legalidad socialista en la misma obra, donde explica la necesidad de la realización de estudios e investigaciones sobre la eficacia de derecho y divide el "mecanismo de regulación jurídica de la sociedad" en tres fases: a) creación de la norma (en la que cree imprescindible la participación consciente y directa del pueblo y que exista un plan legislativo); b) armonización de cada nueva disposición con el ordenamiento jurídico (lo cual cree que debe atribuirse a un órgano especializado), y c) comprobar la eficacia de la norma (atribuyendo esa función a más de un organismo o a órganos académicos).⁵⁰

En las publicaciones periódicas consultadas,⁵¹ el tema no ha sido tratado en profundidad, aunque pueden señalarse algunos trabajos publicados en la Revista Cubana de Derecho⁵² y la Revista Jurídica,⁵³ en los que se recurre a elementos rudimentarios de teoría y técnica de la legislación.

Los trabajos de mayor profundidad elaborados hasta el momento (aunque inéditos), son dos tesis de doctorado: la primera, "El modelo de creación de leyes en Cuba" de Josefina Méndez López (1999), en la que fue estudiado el proceso legislativo con el objetivo de "valorar el modelo cubano de creación de leyes y su realización; determinando aquellos factores que relacionados con el tríptico órgano legislativo-ley-procedimiento legislativo, inciden de una manera negativa en la centralidad legislativa de la Asamblea Nacional del Poder Popular"; y la segunda, "El proceso legislativo interno en Cuba. Un modelo para su análisis" de quien suscribe el presente artículo, y cuyo objetivo principal fue "identificar los principales factores que desde el punto de vista teórico, metodológico y normativo afectan el correcto desarrollo del proceso legislativo interno en Cuba, y fundamentar la necesidad de un modelo metodológico para su análisis, y la fundamentación de una propuesta de intervención legislativa".

Puede decirse que el tratamiento teórico del tema se ha caracterizado por las siguientes notas:

- a) Se reduce a la enumeración y explicación de las fases por las que debe transcurrir un proyecto de ley desde que es presentado al órgano legislativo hasta que entra en vigor.
- b) Se sigue un criterio esencialmente cronológico.
- c) Se concibe como un proceso lineal, sin saltos, contradicciones y/o retrocesos.
- d) Esa manera de abordar la cuestión no permite dar cuenta de lo que sucede (o debe suceder) en las fases prelegislativa y poslegislativa.
- e) Se asume implícitamente que en proceso legislativo sólo intervienen las instituciones públicas legalmente competentes.
- f) Cuando se toman en cuenta otros elementos ajenos a la fase legislativa, sólo se los menciona, lo cual constituye obviamente un avance, pero sin que se haga sobre eso un análisis en profundidad.
- g) Su valor, desde el punto de vista práctico, es muy limitado, ya que sólo se refiere a la gestión de los proyectos de ley en sentido formal y material, y no toma en cuenta a las disposiciones jurídicas de rango inferior a la ley que, por las características del régimen político cubano y una práctica generalizada de la que luego se hablará, los decretos-leyes derogan o modifican aquéllas.

2. Para comprender la regulación jurídica del procedimiento legislativo en Cuba y sus características principales, es preciso recordar que, según el artículo 69 de la Constitución: "La Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano supremo del poder del Estado. Representa y expresa la voluntad soberana de todo el pueblo", y, en consecuencia, entre sus facultades se encuentra, según lo establecido en el artículo 75 c), la de "aprobar, modificar o derogar las leyes".

Es precisamente ante el presidente de la Asamblea Nacional que se presentan los proyectos de ley en ejercicio de la iniciativa legislativa,⁵⁴ a partir de la cual se inicia el procedimiento legislativo.

Desde el punto de vista jurídico, el procedimiento ha sido sucesivamente regulado en los siguientes cuerpos legales:

- a) Reglamento de la Asamblea Nacional de 1977.
 - b) Reglamento de la Asamblea Nacional de 1982.
 - c) Acuerdo III, 60, de 1988 de la Asamblea Nacional.
 - d) Reglamento de la Asamblea Nacional de 1996.
- El Reglamento de 1977 sólo estableció la obligación de la comisión designada para dictaminar el proyecto desde el punto de vista de su necesidad y fundamentos (artículo 69).
 - El Reglamento de 1982 mantuvo esencialmente la misma regulación (artículo 53).
 - En el A III, 60, se establecieron los elementos que debía contener el "documento" que acompañara a los proyectos de ley que se presentaran a la Asamblea Nacional.
 - El Reglamento de 1996, que derogó al de 1982 y al Acuerdo III, 60, incorporó a su regulación el contenido del punto primero de éste último, en su artículo 63,⁵⁵ según el cual:

Los que conforme a la Constitución de la República ejerzan la iniciativa legislativa, presentan los proyectos de leyes al presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular, acompañados de una fundamentación⁵⁶ en la que se exprese:

- las relaciones que son objeto de regulación jurídica, sus objetivos, los presupuestos económicos, políticos y sociales que aconsejen su aprobación;
- las materias que se regulan y las soluciones que se proponen, con indicación de las modificaciones que se introducen en la legislación vigente; las disposiciones jurídicas que se ordenan o sistematizan y los antecedentes de la materia;
- las consecuencias económicas previsibles que se derivan de la aplicación de la disposición jurídica propuesta;
- la enumeración de las disposiciones jurídicas de igual o inferior jerarquía que se modifican, complementan o derogan;
- la fundamentación del rango normativo de la disposición jurídica propuesta;
- los resultados de las coordinaciones efectuadas con los órganos y organismos que deben cumplir o hacer cumplir las regulaciones propuestas;
- las condiciones y mecanismos necesarios que garanticen la aplicabilidad, la efectividad, el cumplimiento y el control de la disposición jurídica cuyo proyecto se presenta.

El proyecto ley acompañado con la fundamentación debe ser presentado al presidente de la Asamblea Nacional. El procedimiento debe transcurrir así:

- 1) Iniciativa legislativa (proyecto de ley + fundamentación);
- 2) Presidente de la Asamblea Nacional (recibe el proyecto y lo envía a la(s));
- 3) Comisión(es) correspondiente(s) según la materia (éstas deben adoptar alguna de las siguientes decisiones):
- 4) Aprobar el proyecto con enmiendas o sin ellas, pudiendo además recomendar en qué periodo de sesiones se debe incluir, y si se debe someter a consulta popular; devolver el proyecto con las recomendaciones que estime procedentes con los aspectos que se deben considerar o subsanar, o rechazar el proyecto, exponiendo sus argumentos al respecto;
- 5) Control de constitucionalidad del proyecto por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos (puede ser simultáneo o posterior al trabajo de aquéllas).
- 6) Inclusión en el orden del día;
- 7) Traslado a los diputados, no menos de 20 días antes de su discusión. Si se tramita con urgencia, el presidente fija el término y los diputados pueden emitir su opinión o sugerencias por escrito. Se remiten a la comisión correspondiente. El presidente puede realizar reuniones parciales con los diputados para explicar el proyecto y escuchar sus opiniones;
- 8) Quien ejerce la iniciativa designa al ponente que presenta el proyecto y responde a las preguntas;
- 9) Dictamen de la(s) comisión(es);
- 10) Debate y votación;
- 11) Comisión de estilo;
- 12) Firma del presidente y secretario;
- 13) Publicación y entrada en vigor.

Sobre la regulación del procedimiento legislativo y el Reglamento que lo establece se pueden hacer las siguientes observaciones:

- 1) Se trata de un documento interno para el trabajo de la Asamblea Nacional, y por tanto, sus regulaciones son aplicables solamente a los proyectos de ley que se le presenten en ejercicio de la iniciativa legislativa.
- 2) A esa exigencia de fundamentación han escapado y escapan la mayor parte de los proyectos de disposiciones jurídicas de alcance general,⁵⁷ como las leyes, los decretos-leyes del Consejo de Estado, los decretos del Consejo de Ministros y todas las que están por debajo de ellas, puestos en vigor antes del Acuerdo III, 60, de 1988; después de aprobado el referido acuerdo, se exigían en su apartado decimo-primeros los mismos elementos para la fundamentación de los proyectos de leyes, decretos leyes y decretos, pero con la adopción del Reglamento de 1996 se eliminó la exigencia para los dos últimos,⁵⁸

que no están tampoco sometidos a ningún otro procedimiento públicamente conocido;⁵⁹ además, el ejercicio de la iniciativa legislativa sólo está regulada constitucionalmente para las leyes a las que está facultada para aprobar la Asamblea Nacional, con lo cual de esa iniciativa queda excluida la presentación de cualquier disposición normativa que no sea un proyecto de ley.

3) La pretensión de fundamentar los proyectos de ley en los resultados de los estudios realizados al efecto puede quedar frustrada por que:

Cada una de esas exigencias podría ser llenada pro forma ya que, salvo la expresada en el numeral 3, se refieren a cuestiones esencialmente formales donde se establece qué debe decirse pero no cómo y de dónde debe recabarse la información que justifique lo que se dice.

- Por otra parte, es de esperar que lógicamente se expresarán con mayor énfasis en la "fundamentación" aquellos elementos que contribuyen a reforzar la necesidad, conveniencia y oportunidad de aprobar el proyecto que se presenta, ya que quien debe fundamentar su necesidad es el máximo interesado en que se apruebe.

- No obstante, el dictamen de la comisión designada puede tener un efecto positivo en este sentido, y limitar la tendencia apologética subyacente a cualquier ejercicio de la iniciativa legislativa.

4) No se exige evaluar elementos tan importantes como el grado de eficacia o ineficacia alcanzado por las disposiciones jurídicas que se derogan o modifican, sus causas principales y las posibles consecuencias (costos y beneficios) políticas y sociales (y no sólo económicas) de la nueva disposición para sus destinatarios (especialmente para los ciudadanos), los posibles efectos colaterales, la función latente de la nueva disposición o el modo de evaluar su eficacia, efectividad y eficiencia después de cierto periodo de vigencia.⁶⁰

5) Este último aspecto podría pensar se que queda salvado por la exigencia de expresar en la fundamentación, las condiciones y mecanismos que garanticen el "control", la "efectividad", el "cumplimiento", y la "aplicabilidad", pero estos términos no parece que puedan entenderse como relativos a la probabilidad de cumplimiento de la conducta prevista en relación con los destinatarios de la disposición (particularmente en relación con los ciudadanos), sino a las autoridades encargadas de aplicarla y hacerla cumplir; se trata de un control de naturaleza administrativa y no una evolución realizada con métodos científicos de investigación.

6) En estrecha relación con lo anterior, al no estar asignada a ninguna institución en particular la responsabilidad de evaluar los resultados positivos y/o negativos derivados del cumplimiento y aplicación de las leyes, esas exigencias caen en el vacío, no obstante, podría pensarse que lógicamente esa responsabilidad corresponde al órgano encargado de su aplicación.

7) El nombramiento de la Comisión de Estilo, después de aprobado el proyecto de ley, podría ser contraproducente y debiera ser lógicamente anterior a la aprobación, en razón de que los diputados han aprobado el texto tal cuales fue sometido, y si la Comisión de Estilo hiciera un cambio de estilo, por muy pequeño que fuera, podría, voluntariamente o no, cambiar todo el sentido del texto y, en consecuencia, la ley publicada y puesta en vigor podría ser sensiblemente diferente a la aprobada por los diputados. Y una ley es precisamente eso, un texto compuesto por signos con un significado que, después de aprobado, no debería ser modificado, en ningún sentido, sino por la autoridad que lo aprobó u otra de jerarquía superior.

La regulación jurídica de estos elementos no ha tenido, en general, los resultados que de su observación se esperaban, en parte por los razonamientos expuestos con anterioridad, y en parte porque las directrices de política legislativa han continuado siendo las mismas, a lo que habría que añadir las dificultades derivadas de las contingencias políticas y las urgencias que ha debido enfrentar el país durante todo el proceso revolucionario y, relacionado con el tiempo y las urgencias, el poco tiempo que ha tenido la Asamblea Nacional para estudiar cada uno de los proyectos de ley sometidos a su consideración con la debida profundidad, a lo que se une el carácter no especializado en materia jurídica de un número importante de diputados que es propio de cualquier institución parlamentaria.⁶¹

El estudio del desarrollo del procedimiento legislativo en Cuba, desde 1977 en que fue institucionalizada la Asamblea Nacional hasta la actualidad, realizado en la tesis doctoral que sirve de debate a este trabajo, permite identificar como sus características fundamentales las siguientes:

- a) Modelo descentralizado de realización de la fase prelegislativa.
- b) Creación de comisiones ad hoc para diseñar y ejecutar la fase prelegislativa de las leyes básicas.
- c) Baja utilización de la discusión popular y pública en el proceso de producción legislativa.
- d) Desconexión entre las investigaciones jurídicas externas y el proceso legislativo.
- e) Inexistencia de una política legislativa articulada y coherente. Esta última característica, que sintetiza las anteriores, se fundamenta en los siguientes elementos:

1) Desde el punto de vista organizativo-institucional, la inexistencia de una institución permanente encargada de realizar las investigaciones necesarias en función de la legislación, ha impedido la continuidad del trabajo legislativo: cada vez que las condiciones políticas, sociales o económicas del país han impuesto la necesidad de una intervención legislativa de gran alcance, ha sido preciso crear una comisión para desarrollar la fase prelegislativa; esa práctica ha limitado la formación de una actividad legislativa basada en principios científicos que la orienten y, sobre todo, la posibilidad de estudiar, después de un tiempo prudencial de vigencia de la disposición normativa creada, su eficacia, su grado de cumplimiento, el nivel de consecución de los objetivos previstos y los resultados (positivos y negativos) obtenidos, y recabar argumentos para su perfeccionamiento.

2) Esa incoherencia es perceptible no sólo a nivel institucional, sino también hacia el interior del propio ordenamiento jurídico: en el "Estudio sobre los factores que más afectan al desarrollo de una cultura de respeto a la ley", cuyos resultados fueron discutidos por la Asamblea Nacional en julio de 1987, se concluyó que:

Con respecto a la necesaria sistematización del derecho, se demuestra cómo el pueblo constata, por diferentes vías y medios, la existencia de leyes respetables por su rango que, en ocasiones, son contradichas por otras de menor entidad, o lo que es peor, no son aplicadas y son sustituidas por orientaciones o interpretaciones arbitrarias o ilegítimas, y que en general existe poca sistematización en nuestro ordenamiento jurídico.⁶²

3) A pesar de haber sido reclamado en numerosas ocasiones, tanto en documentos políticos⁶³ como en trabajos científicos,⁶⁴ no se ha elaborado y publicado un plan legislativo que, a corto, mediano y largo plazo, garantice la coherencia del ordenamiento jurídico y la regulación jurídica adecuada de las relaciones sociales que lo reclamen y el control de los efectos del derecho sobre las relaciones sociales y viceversa.

4) Tampoco se ha recurrido a la técnica de la Ley de bases a través de las cuales sentar los principios, las directrices y el tiempo de elaboración del proyecto (o anteproyecto) de leyes básicas como el Código Penal o el Código Civil.

Si es cierto, como se ha dicho, que el primero constituye la "Constitución negativa del Estado"⁶⁵ y el segundo es la ley más importante en cualquier sociedad después de la Constitución (por el carácter de las relaciones sociales que regula), no se explica cómo en la práctica legislativa cubana no se haya utilizado,⁶⁶ al menos en la elaboración de esos dos cuerpos legales, esa técnica tan conocida y probadamente eficaz tanto en España como en la ex URSS, de donde proviene nuestra tradición jurídica.⁶⁷ Quizá eso explique el hecho de que el primer Código Penal aprobado después de 1959 (la Ley 21, 1979) haya "envejecido antes de su nacimiento"⁶⁸ y que el Código Civil haya tenido una "obsolescencia precoz".⁶⁹

5) A eso debe añadirse la deficiente y limitada regulación de los requisitos para la elaboración y presentación de los proyectos de ley.⁷⁰

Diversidad de "legisladores"

En el Estado contemporáneo, el "Legislador" se desdobra en varios "legisladores", a los cuales la Constitución y las leyes facultan para dictar disposiciones jurídicas de alcance general; "Legislador", en su

primera acepción hace referencia a la unidad ideal de la voluntad político-jurídica que se presume subyacente al ordenamiento jurídico en general (en ese sentido, se postula que el legislador no debe contradecirse, debe ser coherente, racional, etcétera); en su segunda acepción, "legislador" hace referencia a la pluralidad de órganos facultados para dictar las mencionadas disposiciones jurídicas.

La primera es una cuestión política con un importante trasfondo filosófico e ideológico que remite a los elementos ideológicos y funcionales del régimen político; la segunda es una cuestión de derecho vigente y de técnica legislativa que necesariamente deben ser entendidas en relación con aquélla. Como la primera ya fue explicada, aquí haré referencia únicamente a esta segunda acepción del término "legislador".

Además de la Asamblea Nacional, facultada a para aprobar las leyes que le sean presentadas en ejercicio de la iniciativa legislativa, en la Constitución se establecen otros "legisladores". Así, en el artículo 90 c) se establece que: "Son atribuciones del Consejo de Estado... c) dictar decretos-leyes, entre uno y otro periodo de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular"; y en el artículo 98 k): "Son atribuciones del Consejo de Ministros:... k) dictar decretos y disposiciones sobre la base y en cumplimiento de las leyes vigentes y controlar su ejecución".

Para tener una idea general de los sujetos que pueden dictar disposiciones jurídicas de alcance general, debe completarse la enumeración anterior con lo siguiente: en el Decreto-Ley núm. 67 de 1983 (modificado por el Decreto-Ley núm. 147 de 1994) se establece, en su artículo 53, que: "Corresponde a los jefes de organismos de la Administración Central del Estado los deberes, atribuciones y funciones siguientes... r) dictar, en el marco de sus facultades y competencia, reglamentos, resoluciones y otras disposiciones de obligatorio cumplimiento para los demás organismos y sus dependencias, el sector cooperativo, el privado y la población".

El cuadro general de "legisladores", es el siguiente:

Asamblea Nacional	Leyes
Consejo de Estado	Decretos-Leyes
Consejo de Ministros	Decretos
Jefes de la Administración Central del Estado	Reglamentos, etc...

Si se tienen en cuenta las relaciones estáticas de estos órganos entre sí, podría concluirse que las relaciones sociales más importantes son reguladas siempre mediante las leyes que aprueba la Asamblea Nacional (las disposiciones jurídicas de mayor jerarquía normativa, por la autoridad competente para aprobarlas, y por el procedimiento de aprobación), y así de manera descendente hasta las resoluciones; sin embargo, en la práctica, lo que sucede es que el Consejo de Estado no sólo regula cualquier tipo de relaciones sociales (de cualquier ámbito de la realidad social), sino que además modifica y deroga, mediante sus decretos-leyes, las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional.

Esa práctica ha sido aceptada o rechazada de diferentes formas y con argumentos heterogéneos por los estudiosos del derecho constitucional y el derecho administrativo en Cuba;⁷¹ sin embargo, si se siguiera el criterio de jerarquía institucional, expresamente establecido en la Constitución, y los principios de jerarquía normativa y paralelismo de las formas subyacentes, esa práctica probablemente debía correr en sentido contrario.

Una de sus consecuencias más visibles, quizás sea el hecho de que la Asamblea Nacional, en sus 32 años de institucionalizada, ha aprobado hasta hoy solamente 107 leyes,⁷² entre las que se cuentan las del Presupuesto del Estado que son anuales (31 leyes),⁷³ las del Plan de Desarrollo Económico Social aprobadas

anualmente desde 1978 hasta 1991 (13 leyes),⁷⁴ algunas leyes puramente modificativas, y otras que han sido sustituidas por leyes que regulan la misma materia con el mismo nombre y número diferente.⁷⁵

Todos estos "legisladores" sólo están obligados a cumplir con la fundamentación establecida en el Reglamento de 1996 cuando ejercen la iniciativa legislativa, mientras que si actúan como "legisladores por derecho propio", dictando las disposiciones normativas bajo el nombre correspondiente, no lo están. De la existencia de diversos legisladores se deriva otra consecuencia que, aunque está técnicamente fuera del procedimiento legislativo ordinario, influye de manera significativa en la calidad de las leyes. Se trata de un problema sencillo en su planteamiento, pero complejo en su análisis: ¿cómo conseguir que las disposiciones jurídicas de alcance general, dictadas por cada uno de los diferentes "legisladores", sean compatibles entre sí y hagan del derecho vigente un "ordenamiento jurídico"?

Esa interrogante conduce directamente al tema de la defensa de la Constitución en general y al control de la constitucionalidad de las leyes en particular, un tema que en Cuba se ha enfocado más desde el punto de vista político e ideológico que desde el punto de vista técnico-jurídico, aunque en ninguno de los dos casos de los planteamientos se ha derivado la adopción de una solución técnicamente funcional y eficaz en sus resultados.

Se pueden adoptar aquí tres perspectivas diferentes para abordar el asunto: a) su proyección en el discurso político; b) su regulación jurídica y c) su tratamiento teórico.

1) Si se va a los orígenes de la Constitución, se puede constatar una preocupación constante en los dirigentes políticos por el respeto a la "legalidad socialista", en cuyo centro se encontraba el respeto y obediencia a la Constitución por los órganos del Estado, funcionarios públicos y ciudadanos en general.⁷⁶ Sin embargo, por una concepción instrumental del Estado,⁷⁷ una concepción voluntarista en la política legislativa, la doctrina de la "unidad de poder" y un optimismo exagerado en las potencialidades del ejercicio del poder político dentro del Estado socialista, y en las virtudes de las autoridades y funcionarios que lo ejercen, muy pronto la Constitución fue relegada a un plano de subordinación a los elementos funcionales del régimen político.⁷⁸

Lo curioso es que, en correspondencia con el itinerario del discurso político, la regulación jurídica del control de la constitucionalidad de las leyes, y demás disposiciones jurídicas de alcance general, también se fue acomodando a las circunstancias.

2) Como ya se vio en su momento, la Asamblea Nacional tiene como una de sus atribuciones "aprobar, modificar o derogar las leyes", según el procedimiento establecido en el Reglamento de 1996; pero le corresponde además, según el artículo 75 c) de la Constitución, "decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales".

En el Reglamento de 1977, se estableció en su capítulo VIII un "modo de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales", que luego, en el Reglamento de 1982, fue transferido a una "Disposición transitoria única", en espera de una ley que debía regularlo, y que nunca llegó; en el Acuerdo III, 60, no fue contemplado, porque al parecer el control de la constitucionalidad de las leyes no afectaba "el proceso de preparación, elaboración y presentación de las leyes", que era su objetivo.

En el Reglamento de 1996 restringieron las pocas posibilidades que abrían las regulaciones anteriores en un doble sentido: facultando, para "promover la revocación en todo o en parte de los decretos-leyes del Consejo de Estado", solamente a las comisiones permanentes de la Asamblea Nacional y a los diputados, y otorgando la posibilidad de promoverla sólo en relación con los decretos-leyes, aunque sin establecer los casos en que procede (artículos 81 y 82).

No obstante, con una técnica legislativa lamentable, en los artículos 83 y 84 se vuelve sobre la facultad de la Asamblea Nacional de "revocar los decretos o disposiciones del Consejo de Ministros... o los acuerdos

o disposiciones de los órganos locales del Poder Popular que violen la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, decretos y demás disposiciones dictadas por un órgano de superior jerarquía o afecten los intereses generales del país", pero esta vez sí establece la causa : cuando contradigan la Constitución o las leyes; su promoción corresponde al Consejo de Estado, a las comisiones (¿permanentes? ¿temporales?) de la Asamblea Nacional y a los diputados.

El control de la constitucionalidad de las leyes queda, en el Reglamento de 1996, reducido al control previo que realiza la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional. Es significativo que, no obstante las posibilidades abiertas por el Reglamento de 1977 y el de 1982, y aún las más limitadas del Reglamento de 1996, nunca ha sido declarada inconstitucional ninguna disposición jurídica de alcance general, lo cual ha puesto a algunos constitucionalistas ante un dilema: o en las disposiciones jurídicas de alcance general, dictadas desde 1977 hasta la actualidad, se ha respetado siempre a la Constitución, o el control de la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas de alcance general es ineficaz.

3) A juzgar por el tratamiento teórico y la dudosa constitucionalidad predicada de algunas disposiciones jurídicas,⁷⁹ los constitucionalistas se han decantado por esta última opción. Desde el punto de vista teórico los estudios apuntan hacia la necesidad de fortalecer los medios de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, y las propuestas han ido desde las que sugieren potenciar el funcionamiento de los medios existentes con algunos retoques,⁸⁰ hasta las más radicales que proponen la creación de un Tribunal Constitucional como institución especializada.⁸¹

Pero detrás de esas propuestas está un elemento de hecho que las hace inviables: para que cualquier mecanismo de defensa de la Constitución, particularmente de control de constitucionalidad de las leyes, sea eficaz, es requisito sine qua non que aquélla sea con si de rada una norma jurídica con fuerza vinculante erga omnes dentro de la sociedad, porque el juicio de constitucionalidad resulta de comparar a la Constitución con las disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, y de terminar su correspondencia formal y/o material: como la Constitución cubana no cumple ese requisito, todo lo demás queda sobreentendido, y las propuestas caen en el vacío.

IV. Calidad de las leyes. Algunas ideas para el futuro

Las dificultades y deficiencias señaladas apuntan a dos tipos de problemas diferentes, y exigen consecuencias alternativas diferentes para su solución.

Las deficiencias teóricas en la descripción cronológica del proceso legislativo podrían ser explicables si se tiene en cuenta, por un lado, el carácter esencialmente formalista implícito en los enfoques comentados, y por otro, el carácter de Manual de las obras en que han sido expuestas.

Mas, en ambos casos, las consecuencias pueden ser negativas: en el primero, porque toma en cuenta solamente el aspecto externo, formalizado y público del proceso legislativo, pero a cambio de eso oculta la parte más importante: los factores ideológicos y los principios de política legislativa subyacentes, la génesis de la ley, sus causas, los objetivos que se pretenden conseguir, los acuerdos previos a la formalización del proyecto, los intereses que influyen en su contenido, y la jerarquía que finalmente se le asigne, el posible carácter simbólico, exploratorio o experimental de la ley, y la intervención (o exclusión) de diferentes actores sociales en su génesis.

Deja oculto, en fin, el carácter dinámico que debe tener el proceso legislativo, que en muchos casos se desarrolla por el método de ensayo y error; una mala ley puede ser sustituida por la propia autoridad que la dictó sobre la base de sus defectos y consecuencias negativas.

El segundo aspecto, el carácter de Manual de las obras en que se expone la teoría del acto normativo, tiene una importancia decisiva en la posible comprensión real del proceso legislativo. El Manual es, en Cuba, el vehículo privilegiado a través del cual se transmiten los conocimientos a los futuros juristas; por tanto, lo que en ellos se expone, por su propia finalidad de conformar el pensamiento, constituye la cultura jurídica común de los juristas formados en su lectura.⁸²

Y si la cultura común, compartida, llega hasta ahí, difícilmente podría facilitar la ejecución de un examen como el que implican las fase prelegislativa y poslegislativa del proceso legislativo.

Las dificultades y deficiencias de estos planteamientos teóricos podrían ser salvadas en alguna medida si se asume la distinción básica entre fase prelegislativa, legislativa y poslegislativa elaborada por los recientes estudios de teoría de la legislación. No se trata sencillamente de completar el iter legislativo, sino considerarlo como un proceso circular en el que la fase legislativa ocupa simplemente un lugar intermedio, que debe ser estudiada en estrecha relación con el proceso de elaboración de un proyecto de ley y con la evaluación de su impacto en las relaciones sociales.

Por otra parte, esta distinción, como ya he dicho, sólo es aplicable al proceso de producción de las leyes en sentido formal y material, y sus cualidades explicativas son limitadas; por eso, una comprensión profunda del proceso de producción legislativa del derecho debe interesarse, además, por el estudio del proceso de producción de las demás disposiciones jurídicas de alcance general de jerarquía inferior a aquéllas.

Desde el punto de vista teórico, podrían orientar el proceso la hipótesis de que la legislación es un medio para conseguir fines sociales que beneficien a toda la sociedad; en consecuencia, cualquier ley debe poder justificarse desde el punto de vista sociológico y axiológico, y desde la perspectiva de sus destinatarios concretos. Esa justificación, que consiste en su capacidad para conseguir los objetivos que condujeron a su adopción, sólo es posible a través de la ejecución de estudios e investigaciones profundas y multidisciplinarias, cuyos resultados garanticen un nivel adecuado de eficacia, efectividad y eficacia social.

Desde el punto de vista legislativo-institucional, las posibles alternativas de solución deben ser cuidadosamente ponderadas, pero cualquiera que sea la alternativa más conveniente, para la solución de las deficiencias señaladas se requiere, ante todo, de un cambio de actitud, además de un cambio en las regulaciones vigentes.

Antes de proponer alguna solución en el ámbito normativo, es preciso insistir en tres aspectos que ya han sido indirectamente señalados.

1) El primero es que la regulación vigente en el Reglamento de 1996 de la Asamblea Nacional sólo es aplicable a los proyectos de ley; sin embargo, por las características del régimen político y la dinámica legislativa, las leyes no ocupan un lugar central en la dinámica del ordenamiento jurídico, sino los decretos-leyes que no están sujetos al procedimiento legislativo previsto en dicho reglamento. La dificultad se agrava por el hecho de que en la Constitución no se establece la competencia material de los diferentes "legisladores", de manera que las relaciones sociales, sin considerar su importancia, trascendencia o jerarquía, pueden ser reguladas indistintamente mediante una ley, un decreto-ley o cualquier otra disposición de jerarquía normativa inferior. La diferencia radica en que, para regularlas mediante una ley es preciso recorrer el iter legislativo previsto en el Reglamento de 1996 de la Asamblea Nacional, pero no es preciso seguirlo si se regulan mediante un decreto-ley u otra disposición jurídica inferior.⁸³

2) Aún limitada a las leyes, la regulación vigente establece de manera deficiente la fase prelegislativa y no regula la fase poslegislativa, rompiendo con ello el carácter sistémico y circular del proceso legislativo, e imponiendo a quien ejerce la iniciativa legislativa la "obligación" de comenzar siempre desde el principio, aunque en la práctica sucede generalmente lo contrario: la modificación, derogación o sustitución de las leyes se fundamenta normalmente "en los resultados obtenidos de la experiencia de su aplicación".⁸⁴

3) Por otra parte, el carácter reglamentario de las normas impide su aplicación más allá de los proyectos de ley, y sustrae del procedimiento legislativo a las disposiciones jurídicas de alcance general dictadas por otros órganos del Estado.

El diagnóstico anterior permite hacer las siguientes propuestas concretas:

Primera. Desde el punto de vista metodológico, sería conveniente diseñar el proceso legislativo en forma circular, de manera que comience con el análisis de las relaciones sociales que deben ser reguladas, sus características, su tendencia y sus causas, y el diseño y presentación de la disposición jurídica a través de la cual se propone regularlas (después de haber agotado otras posibles vías de solución en relación con el derecho vigente y su práctica), y, después de aprobada y puesta en vigor, evaluar los resultados obtenidos de su vigencia que, de ser negativos, podrían originar la continuidad del proceso legislativo en el cual determinar qué medidas adoptar para reforzar su eficacia y, en el límite de las posibilidades, proponer su reforma o derogación.

Segunda. Desde el punto de vista normativo, sería conveniente la regulación del proceso legislativo según los principios siguientes:

a) Para que la regulación tenga un mayor ámbito de aplicación, debe ser aprobada mediante una ley de la Asamblea Nacional, de manera que sea de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades facultadas para dictar disposiciones jurídicas de alcance general, y para aquéllos que, aún no teniendo esa facultad, pueden ejercer la iniciativa legislativa.

b) Imponer una doble responsabilidad al órgano del Estado que propone la modificación del derecho vigente o la introducción de nuevas regulaciones en el ordenamiento jurídico: por un lado, la de ejecutar los estudios multidisciplinarios y las investigaciones previas que garanticen la eficacia, la efectividad, la eficacia social, la seguridad jurídica y su armonía con el ordenamiento jurídico, y presentar los resultados a la Asamblea Nacional, y, por otro, la de evaluar periódicamente la disposición jurídica desde el punto de vista de los resultados obtenidos con su vigencia y las medidas adoptadas para reforzarla.

c) Establecer taxativamente las disposiciones jurídicas que deban ser sometidas a discusión pública y popular, tomando como criterios el universo de personas que afecta, las relaciones sociales que regula, los intereses que afecta o protege, y la intensidad en que lo hace; con esa previsión se ampliaría el estrecho margen establecido en la Constitución, al dejar a discreción de la Asamblea Nacional la decisión de someter o no a consulta popular un proyecto de ley, sin establecer criterios objetivos de decisión. La convocatoria a consulta popular debe ser obligatoria cuando la nueva disposición, sin importar cualquier otro criterio, afecte los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en las leyes complementarias que los desarrollan, o se refiera a la reforma de la propia Constitución.

d) Definir el ámbito de competencia material de los órganos facultados para dictar disposiciones jurídicas de alcance general, de manera tal que —de acuerdo a la trascendencia, importancia y medida en que afecte los derechos e intereses individuales, las relaciones sociales, el funcionamiento de los órganos del Estado o la relación de éstos con aquéllos— pueda definirse legalmente qué relaciones sociales deben ser reguladas, mediante qué tipo de disposición jurídica, por cuál órgano y con qué alcance.

e) Establecer la obligación de elaborar bases que deben ser aprobadas por la Asamblea Nacional cuando se proponga, por los que tienen la facultad de ejercer la iniciativa legislativa o por los diferentes "legisladores", la modificación de leyes básicas del ordenamiento jurídico, o de elaborarlas la propia Asamblea Nacional en uso de la facultad atribuida en el artículo 66 del Reglamento de 1996.

Tercera. Desde el punto de vista institucional, dicha Ley debe:

a) Atribuir a uno de los órganos superiores del Poder Popular la competencia de velar por su cumplimiento, particularmente para evaluar la calidad del procedimiento legislativo en sus fases prelegislativa y poslegislativa; esa función podría realizarse a través de la creación de una institución especializada de carácter permanente y de alcance nacional para diseñar, coordinar y/o ejecutar las investigaciones socio-jurídicas necesarias para el constante perfeccionamiento del ordenamiento jurídico (que realizaría una evaluación interna y centralizada).

b) Incluir expresamente, en la obligación establecida en el artículo 68 e) de la Constitución, que tienen los órganos estatales inferiores de rendir cuenta a los superiores, lo relacionado con la evaluación ex post de las disposiciones jurídicas de alcance general, dictadas en el periodo y los resultados conseguidos de su aplicación.

c) Establecer institucionalmente la manera en que los resultados de las investigaciones jurídicas realizadas en el país por diferentes vías, puedan ser aprovechados en el proceso legislativo,

vínculos directos entre los órganos del Estado facultados para dictar disposiciones jurídicas de alcance general o para ejercer la iniciativa legislativa y las facultades de derecho o centros de investigaciones jurídicas del país (que realizarían una evaluación externa y descentralizada).

Cuarta. Como corolario de las anteriores sugerencias, está la solución del problema del control de la constitucionalidad de las leyes, sobre el cual no considero necesario hacer una propuesta concreta, sino expresar mi optimismo en que quizás el proceso de “fortalecimiento de la institucionalidad del país”, anunciado en 2008 por el presidente del Consejo de Estado y de Ministros, de lo cual es un ejemplo la mencionada Ley núm. 107, De la Contraloría General de la República, alcance también a la solución de algunos factores que afectan la calidad de las leyes.

La persona natural en la nueva Constitución cubana

The Natural Person in the New Cuban Constitution

Caridad del Carmen Valdés Díaz^{1*}

<http://orcid.org/0000-0001-9399-2122>

¹Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

Resumen

El presente trabajo valora el tratamiento de la persona natural, del ser humano, sujeto por excelencia de las relaciones jurídicas civiles, en la nueva Constitución, destacando las novedades y los retos que deberán enfrentarse para ajustar el contenido normativo civil a los preceptos de la Ley de leyes. Se detiene en el análisis de los derechos inherentes a la personalidad, la persona en la familia, la persona en sede patrimonial y en cuanto al derecho de autor, como parte de la Propiedad Intelectual, señalando las vías para lograr que las normas civiles se actualicen y sean instrumentos de actuación de los principios que emanan de la Constitución, ofreciendo cauce jurídico idóneo a las nuevas condiciones vitales y estructuras sociales que se asientan.

Palabras clave: Constitucionalización del Derecho civil; derecho de autor; derechos inherentes a la personalidad; familias; propiedad

Abstract

The present work focuses on the treatment of the natural person, of the human being, categorical subject of the civil legal relations on the new Constitution. It also highlights the novelties and the challenges that must be faced in order to adjust the civil regulatory content to the precepts of the Constitution. Furthermore, the present paper contents an analysis of the fundamental civil rights of the human person, the person as member of a family, the person in economic relations and relating to copyright law, as part of the Intellectual Property. All of the above, pointing out the ways to get the civil rules updated and become instruments of action of the principles that born from the Constitution, offering suitable legal channels to the new vital conditions and the new social structures.

Keywords: Constitutionalization of civil law; copyright; fundamental civil rights; families; property

INTRODUCCIÓN

La reciente entrada en vigor de la nueva Constitución cubana de 2019 marca un hito significativo para nuestro país en el proceso de «constitucionalización del ordenamiento jurídico», donde se incluye el Derecho privado, que -como resultado del desarrollo del llamado «constitucionalismo social»- ha venido ocurriendo a nivel internacional desde finales del pasado siglo xx, a lo que se suma también la difusión de la doctrina internacional de los derechos humanos, en un proceso de progresividad que los especifica y multiplica. También el Derecho civil ha encontrado respaldo para la interpretación de sus instituciones y postulados, en la visión constitucional de la persona como portadora de valores que todo orden social debe respetar. En especial, la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental alemana de 1949 «registran el paso de la noción de individuo, entendido como sujeto de derecho abstracto, a la noción de individuo entendido como persona» (Alpa, 2017, p. 113).

«El jurista debe tender a la reconstrucción del ordenamiento jurídico en su unidad; la norma constitucional se halla en la cúspide de la jerarquía normativa y todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho civil, debe ser conforme con ella y en ella debe inspirarse» (Perlingieri, 1983, p. 1). En consecuencia -y partiendo de que los textos constitucionales han trasladado su foco de atención de los poderes del Estado, la propiedad y la empresa hacia la persona humana, sus valores, su fin existencial, ideológico y jurídico-, los juristas deben abordar el análisis de las instituciones del Derecho civil desde esta perspectiva, atendiendo a los principios emanados de la Constitución.

Así, el Derecho civil, que es el de la persona, debe retomar ese centro, que había desdeñado, para ocuparse de las relaciones eminentemente patrimoniales y, bajo el influjo de las nuevas concepciones personalistas, enfocarse en el ser humano, sus valores y atributos esenciales.

El propósito fundamental de este trabajo es abordar el tratamiento de la persona natural, del ser humano - sujeto por excelencia de las relaciones jurídicas civiles- en la nueva Constitución. Por otro lado, se destacarán las novedades y los retos que deberán enfrentarse para ajustar el contenido normativo civil a los preceptos de la Ley de leyes, así como sus valores y reglas, para lograr que las normas civiles sean instrumento de actuación de los principios constitucionales.

En Cuba, bajo los preceptos vigentes de la Constitución de 1976, el proceso de constitucionalización del Derecho civil había marchado por vía reformadora y por vía interpretativa. El Código Civil cubano de 1987 ve la luz poco más de una década después de la aparición de dicha Constitución, y nace bajo la supuesta concepción de supremacía constitucional, de modo que este Código es expresión de la vía reformadora que pone a tono las relaciones jurídicas civiles con los postulados constitucionales. Sin embargo, esto no se aplicó en todos los casos que lo ameritaban, así quedaron preceptos constitucionales por desarrollar y el Código no llenó todos los vacíos que dejó la Constitución.

Como claro ejemplo de lo anterior, vale mencionar el artículo 38 de nuestro Código Civil, relativo a la defensa de los derechos inherentes a la personalidad, que remite a los regulados en la Constitución. Una de las mayores dificultades que ofrecía esa remisión al texto constitucional era la desafortunada sistematicidad que aquel padecía, en cuanto a los considerados «derechos inherentes a la personalidad». En la Ley Suprema de 1976 no existieron pronunciamientos expresos sobre ellos; aparecían disgregados algunos elementos suyos en otros derechos o podían inferirse inmersos en sus valores y principios, y su reconocimiento genérico podía deducirse de lo preceptuado en el artículo 9, inciso a, tercera pleca, al hacerse alusión a la dignidad y al desarrollo integral de la personalidad.

Por ejemplo, el derecho a la vida -bien supremo de todo ser humano, supuesto ontológico sobre el que descansan todos los demás derechos- no aparecía expresamente reconocido, si bien su presencia podía considerarse diseminada indirectamente en todo el texto, particularmente en el artículo 50, referido a la protección y atención a la salud. El derecho a la integridad física solo aparecía tímidamente esbozado en el artículo 58, especialmente en cuanto al sujeto detenido o preso. A la libertad, en sentido material, se refería el precepto anterior y el 59; en sentido espiritual o ideológico se derivaba de la igualdad -enunciada en el artículo 42, que incluía la no discriminación por motivos religiosos o por cualquier otra causa que lesionara la dignidad humana- y de la libertad de palabra y prensa, de reunión, manifestación y asociación, que proclamaban los artículos 53 y 54, así como de la libertad de conciencia y religión, que postulaba el artículo 55.

El derecho al honor no aparecía reflejado en el texto, salvo que en interpretación abierta se identifique con el término «dignidad» y se entienda entonces que matizaba todo el articulado de la Carta Magna. La imagen personal, como contenido del derecho de igual calificativo, corría similar suerte. Nada se decía del derecho al nombre, ni mucho menos del llamado «derecho a la identidad personal» que incluye al primero en su faz estática.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos, por su parte, han ejercido una influencia positiva en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico civil, y especialmente en lo relativo al familiar cubano; de modo que determinadas acciones familiares han sido ejercitadas con éxito, amparadas en tratados internacionales, o incluso han servido como sustento de la interpretación evolutiva del Derecho, para apartar la aplicación de un precepto concreto del Código de Familia. Tal es el caso de la Sentencia No. 434 de 17 de julio de 2015, Sala Civil del Tribunal Supremo Popular, de la que fue ponente la jueza Valdés Rosabal. La magistrada declaró con lugar el recurso de casación interpuesto -sustentándose en una interpretación evolutiva del Derecho, y haciendo prevalecer los artículos 3, 9 y 18 (primer párrafo) de la Convención de los Derechos del Niño, y los artículos 35 y 38 (primer párrafo) de la Constitución de la República de 1976, entonces vigente-, favoreciendo que una madre, declarada judicialmente incapacitada, no fuera suspendida del ejercicio de la patria potestad, a pesar del dictado literal del artículo 94 del Código de Familia.¹

LA PERSONA NATURAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA

Uno de los méritos fundamentales que puede señalársele a la nueva Constitución cubana es, sin lugar a dudas, la amplia participación popular en su elaboración y discusión, lo que le imprime un indiscutible sello democrático. El proyecto de Constitución se discutió y aprobó en las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional del Poder Popular de los días 21 y 22 de julio de 2018, y fue luego sometido a una amplia consulta, realizada en el período comprendido entre el 13 de agosto y el 15 de noviembre de ese año, con una masiva participación en los centros de trabajo y estudio, los barrios y las comunidades, tanto urbanas como rurales de todo el país, e incluso de los cubanos residentes en el exterior.

En las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional del Poder Popular de diciembre de 2018, el Secretario del Consejo de Estado, Homero Acosta Álvarez, presentó a los diputados los cambios realizados en el proyecto de Constitución, tras la consulta popular efectuada.² Luego de la correspondiente discusión, fue aprobada por nuestro Parlamento en votación nominal y Esteban Lazo Hernández, presidente de dicho órgano, convocó a referendo para su ratificación, que se realizaría el 24 de febrero de 2019, en el cual quedó aprobada la nueva Constitución de la República de Cuba, con el voto directo y secreto de más de seis millones de cubanos.³ El 10 de abril de 2019 fue proclamada, y ese propio día se publica en edición extraordinaria -número 5 de la Gaceta Oficial de la República-, con lo que comienza su vigencia, según se establece en su Disposición Final Segunda.

Los derechos inherentes a la personalidad

En general, el nuevo texto constitucional es expresión de la presencia del humanismo en nuestro ordenamiento jurídico nacional, con el fin de lograr la protección integral de la persona humana. En este sentido, resulta significativo el propio artículo 1 de la Constitución, que luego de proclamar el carácter de Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, señala que la república está fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva.

La Constitución de 2019 dota de contenido al ya mencionado artículo 38 del Código Civil, que encontrará asidero para la protección de los derechos de la persona en el texto constitucional, el cual dedica su título V a los Derechos, Deberes y Garantías.

En su capítulo I «Disposiciones Generales», sienta las bases para el reconocimiento y defensa de los derechos inherentes a la personalidad, al establecer en su artículo 40 la dignidad humana como valor supremo en el que se sustenta el reconocimiento y ejercicio de todos los derechos, en perfecta congruencia con el anhelo de José Martí recogido en el Preámbulo: «yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre». Esta idea se complementa acertadamente con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación, que se establecen en los siguientes preceptos: 41 y 42. Es reveladora la ampliación de supuestos en los que no cabe desigualdad o discriminación entre las personas, pues se tienen también en cuenta la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la discapacidad, el origen nacional o territorial.

Luego, en el capítulo II «Derechos», se reconocen expresamente aquellos relativos a la esfera física o corporal: el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad (artículo 46), así como los concernientes a la esfera moral o espiritual: derecho a la intimidad, imagen y voz, honor e identidad personal (artículo 48), pasando por el artículo 47, que enuncia el derecho de todos los sujetos al libre desarrollo de su personalidad.

Salta a la vista la amplitud del catálogo de derechos reconocidos, incluyendo la voz y la identidad personal, que son derechos inherentes a la personalidad de reciente configuración autónoma por la doctrina, incorporados al precepto por sugerencia de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en la discusión del Proyecto, quienes también sugirieron que todos estos derechos aparecieran en el texto constitucional en calidad de tales, más allá de las garantías que a dichos bienes jurídicos el Estado debe ofrecer, así como incorporar un artículo en las Disposiciones generales del capítulo I, título V, reconociendo la dignidad humana como sustento fundamental de todos los derechos y deberes.⁴

Estos derechos, que constituyen la propia esencia de la protección a la persona en sí misma, considerada como el bien jurídico máspreciado, no fueron el centro de atención en el debate popular del proyecto. Pasaron prácticamente inadvertidos, sin que se hiciera notar su trascendencia. En la información ofrecida por el Secretario de Estado a la Asamblea Nacional del Poder Popular, solo aparecen comentarios y propuestas para incorporar el disfrute de los espacios públicos y establecimientos de servicios y de añadir el calificativo «igual» al trabajo que se realiza por igual salario (aparecen ahora en las Disposiciones generales, capítulo I del título V, artículo 42). Al actual artículo 55, antes artículo 60 -relativo a la libertad de prensa-, se incorpora la precisión de que en ningún caso los medios fundamentales de comunicación serán objeto de propiedad privada.

Como ya se apuntó, vale destacar como novedad el reconocimiento expreso de derechos que aparecían tímidamente esbozados, o estaban ausentes de la Constitución de 1976, dentro de los cuales resalta el derecho a la identidad, que debe conllevar a un desarrollo de su contenido, incluyendo tanto la faz estática (nombre, identidad de origen, identidad genética) como la faz dinámica (identidad cultural, sexual, de género), y que además es expresión de los principios de igualdad y no discriminación. Toda persona tiene derecho a que su identidad le sea reconocida, a que se respete, a que no sea lesionada y a poder acreditarla lícitamente. Por otra parte, la identificación de las personas resulta indispensable en una sociedad organizada, siendo responsabilidad del Estado proveer los mecanismos institucionales y normativos que garanticen ese reconocimiento y su constatación oficial, lo que se logra, generalmente, a través de los registros públicos correspondientes.

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, se ha destacado la importancia de reconocer y proteger la identidad de la persona, pues esta, tradicionalmente, se ha reducido al aspecto objetivo que permite su identificación: el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares, los cuales constituyen el mínimo necesario para reconocer una identidad. Solo recientemente se ha englobado en ella todo lo concerniente a la manifestación fenoménica de la personalidad, incluyendo las más íntimas facetas del ser.

Como manifestación del derecho a la libertad, en su aspecto objetivo, y más allá de la libertad de creencias y de expresión, destaca el reconocimiento de la libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, cambiar de domicilio o residencia, sin más limitaciones que las establecidas por la ley, en el artículo 52. Esta posibilidad está a tono con las regulaciones migratorias en vigor desde 2013, particular que debe conducir a una nueva mirada en el análisis de la incapacidad para suceder, prevista en el artículo 470 del Código Civil.⁵

Por otra parte, siendo el derecho a la intimidad inherente a la personalidad, reconocido expresamente en la nueva Constitución cubana de 2019, cabe preguntarnos cómo se comporta su protección y defensa en supuestos de conflicto, especialmente cuando se enfrenta al derecho a la información que también tienen las personas, y en particular cuando esa información está sujeta a la publicidad registral. El derecho a solicitar y obtener información veraz, objetiva y oportuna, así como acceder a la que se genere en los órganos y entidades del Estado, conforme a las regulaciones establecidas, también está consagrado en la Constitución, artículo 53; de lo que se deduce que debe regularse el acceso de las personas a los registros públicos, dentro de los cuales se encuentran el Registro del Estado Civil, el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, el Registro de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Herederos, entre otros.

Como resultado del desarrollo tecnológico, la intimidad ha perdido su carácter exclusivamente individual y privado, para asumir progresivamente una significación más pública y colectiva. Ya no solo se trata del elemento estático de defensa de la vida privada frente al conocimiento ajeno, o de evitar que los demás dominen información personal, sino que incluye también la función dinámica de controlar la circulación de informaciones relevantes para cada sujeto. En la sociedad actual, debe concebirse la intimidad como un derecho de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, y además, como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto. No debe olvidarse que la noción de intimidad tiene componentes culturales, sociales e históricos, de modo que, frente al desarrollo tecnológico de hoy, debe entenderse como una categoría abierta, de doble función, tanto defensiva como de control.

Aunque la preocupación por el control de los datos personales es resultado del uso indiscriminado de las tecnologías de la información, hoy comprende cualquier tecnología utilizada para su tratamiento y conservación, por esta razón, ese control debe aplicarse tanto al tratamiento automatizado como manual, siempre que los datos se organicen con arreglo a criterios predeterminados, ya sea que estén conservados en un sistema informático, a través de video vigilancia o sobre papel.

Aparece el *habeas data*, o derecho a la autodeterminación informativa -como cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera de la protección de los datos personales-, que cumple una función paralela al *habeas corpus* respecto a la libertad física, encaminado a reconocer al individuo el derecho a no proporcionar al Estado, o a otras personas o entidades, datos personales si no es con determinada finalidad, establecida claramente por la ley. Este también reconoce el derecho del individuo a acceder a sus datos personales en registros, archivos u otras bases de datos e información, a interesar su no divulgación y obtener su debida corrección, rectificación, modificación, actualización o cancelación.

La protección de datos se concibe desde una doble dimensión «como el derecho que le asiste a toda persona a solicitar judicialmente la exhibición de los registros en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud, a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación» (Gordillo; Restrepo, 2014, p. 360). También se entiende como garantía, a la que se reconocen dos fases: «una primera permite que todos los habitantes puedan acceder a las constancias de sus archivos y, por lo tanto, a controlar su veracidad. La segunda tiene por objeto la modificación del registro, sustancialmente en dos casos: cuando los datos son falsos, o requieren actualización» (Gordillo; Restrepo, 2014, p. 360).

La Constitución cubana ubicó la protección de datos como garantía, en el capítulo VI de su título V, pero en realidad el artículo 97 reconoce el acceso a los datos personales como derecho, previendo su ejercicio solo frente a las entidades públicas, sin mención a las privadas, como suele ser común en otras normas foráneas. Vale señalar, no obstante, que, en la política aprobada como marco para la norma encargada de regular la protección de datos personales -que materializará dicha garantía-, se incluyen los registros, archivos u otras bases de datos, tanto públicos como privados.

La persona en la familia

Como parte de la ampliación de los contenidos constitucionales y su desborde a espacios del Derecho privado, en el siglo xx se constitucionalizó la familia, y se reguló así, desde y en la Constitución, el matrimonio, la filiación, los derechos de padres e hijos, etc. Los preceptos del Derecho internacional, dentro de los derechos humanos, por su parte, protegen el derecho al matrimonio, a fundar una familia, a la vida privada, destacan el interés superior del niño, niña o adolescente, se pronuncian en contra de la violencia intrafamiliar, protegen los grupos vulnerables: ancianos, personas con discapacidad; todo ello con incidencia en las regulaciones nacionales y en la jurisprudencia, llevando a la mutación de conceptos y a la remodelación de instituciones.

Conforme a los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, «el centro de interés no es tanto la familia, sino la persona; la familia es un instrumento ofrecido a cada uno para la expansión de su personalidad y no tanto una institución con valor en sí misma; las relaciones familiares no son vistas como una suerte de conflicto entre los intereses individuales y superiores, sino como el terreno de realización personal» (Kemelmajer, 2016, p. 39).

Si bien no debe temerse al enfoque que visibiliza a familia como el adecuado reservorio para la realización de los intereses personales, especialmente en favor de las personas más vulnerables, tampoco puede obnubilarnos el cambio de paradigmas; no hay que desdeñar el camino andado, es necesaria también la protección a la familia en su conjunto como institución jurídica, a las familias, en plural, atendiendo a la diversidad de modelos que nos presenta la realidad actual. Así, el Estado, las normas y las políticas públicas deben encaminarse a mantener y reforzar los vínculos familiares, velando por el interés familiar, pero con pleno respeto a los derechos de sus integrantes.

Los derechos relativos a la persona en las familias, y a estas como células fundamentales de la sociedad, aparecían en el Proyecto, en el capítulo III «Derechos sociales, económicos y culturales», redactados mayormente en clave de garantías ofrecidas por el Estado. A diferencia de lo sucedido con los derechos inherentes a la personalidad, los mencionados anteriormente sí fueron objeto de atención y de enconados debates en los disímiles espacios donde se efectuó la consulta popular sobre la nueva Constitución; especialmente el artículo 68, relativo al matrimonio, que lo definía como «la unión voluntariamente concertada entre dos personas con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común», sin referirse a la diferencia de sexo entre los contrayentes. Según información ofrecida en la Asamblea Nacional del Poder Popular y publicada en el sitio digital Cuba Debate, este fue el artículo sobre el que se recibieron mayor cantidad de opiniones adversas (192 408 propuestas de cambio o supresión del precepto), actitudes que se percibían en los espacios públicos de discusión.

Sin duda, el matrimonio igualitario o entre personas de igual sexo es un tema que encuentra defensores y detractores en todos los ámbitos. La familia sustentada en el matrimonio formalizado entre un hombre y una mujer ha sido el modelo clásico que se ha aceptado socialmente durante siglos como paradigma de «buena familia», al que se ligan determinados valores que se quieren mantener; sin embargo, no es secreto que, en la práctica, ese modelo familiar ha estado signado por la primacía de los aspectos patrimoniales, la desigualdad de los hijos y la posición deprimida de la mujer frente a la prevalencia del sexo masculino. Lo cierto es que, en Cuba, desde varios enfoques y con distintos argumentos, se defendió con fuerza en el debate popular el matrimonio tradicional heterosexual, tal como aparecía en la Constitución de 1976 y en el vigente Código de Familia.

El Proyecto se reorganiza, y en el nuevo texto constitucional se agrega el capítulo III del título V, como aparecía en la Constitución de 1976, dedicado a «Las familias». El plural utilizado en su denominación es indicativo de que el Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su modelo o forma de organización. En el artículo inicial de dicho capítulo se estipula que toda persona tiene derecho a fundar una familia y que estas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes.

El controvertido artículo 68 del Proyecto sufre una modificación y, en su lugar, se establece, ahora en el artículo 82, que:

El matrimonio es una institución social y jurídica. Es una de las formas de organización de las familias. Se funda en el libre consentimiento y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges. La ley determina la forma en que se constituye y sus efectos. Se reconoce, además, la unión estable y singular con aptitud legal, que forme de hecho un proyecto de vida común, que bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, genera los derechos y obligaciones que esta disponga.

El precepto es mucho más aséptico y conciliador, si bien en las intervenciones realizadas en la Asamblea Nacional del Poder Popular el Secretario de Estado dejó claro que la voluntad política de propiciar la igualdad y la no discriminación respecto al ius connubii estaba intacta, pero no podía imponerse. Debía respetarse el criterio diverso, buscando el equilibrio necesario, porque la Constitución no debe dividir, debe generar consenso en la sociedad. La Disposición Transitoria Decimoprimera estableció que, en un plazo de dos años a partir de la vigencia de la Constitución, se iniciará el proceso de consulta popular y referendo del Proyecto de Código de Familia, que ya se elabora y deberá estar listo para esa fecha.

El Código de Familia tendrá que enfrentar el reto de reconocer, o no, el matrimonio igualitario, pasando por el debate popular y el referendo que lo apruebe, lo que no es usual en leyes de ese rango. No sería prudente avizorar resultados pero, teniendo en cuenta el comportamiento medio de la población durante las discusiones del Proyecto de Constitución, no es errático señalar que el derecho a la igualdad, enarbolado por el propio texto constitucional, corre peligro, y se podría ver afectado el derecho a casarse de las personas con orientación homosexual.

Uno de los argumentos que se expone, en contra de la legitimidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo, es la imposibilidad de procrear y, aunque se admite que no es esta ya la única finalidad de la

unión matrimonial formalizada, la familia clásica o tradicional permite la reproducción natural de la especie humana. Sin embargo, si bien la unión sexual individual entre hombres y mujeres ha sido, y es, el modo natural de traer hijos al mundo, actualmente las técnicas de reproducción humana asistida permiten la procreación sin necesidad de relaciones sexuales, partiendo de la voluntad procreacional y el consentimiento informado. El uso de algunas de esas prácticas médicas, como la inseminación artificial heteróloga, la fertilización in vitro o la maternidad subrogada, puede conducir al establecimiento de la filiación de los niños nacidos mediante el empleo de tales métodos, respecto a uno o ambos miembros de la pareja homosexual.

La mayoría de las normas referidas a este particular en el Derecho comparado advierte los peligros éticos que pueden derivarse de tal situación y niegan el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a las parejas del mismo sexo, casadas o no. Esta reserva, en muchos casos, se extiende también a la adopción, previendo siempre, en consonancia con lo dispuesto por las normas internacionales en esta sede, el llamado interés superior del niño y su derecho a no ser privado de la figura materna o paterna en su desarrollo posterior.

No obstante, es el principio de igualdad y no discriminación el que se erige como paladín incuestionable de la posible legitimidad del matrimonio igualitario. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, a formar una familia en la cual desarrollar sus afectos, su propia identidad, satisfacer sus necesidades existenciales y emocionales, con independencia de su sexo y orientación sexual. Es el afecto y la igualdad entre los miembros de la pareja lo que debe constituir hoy la esencia del matrimonio. Así se ha planteado en múltiples sentencias de Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos (Pérez Gallardo, 2016, pp. 553-558).

Así lo ha dicho, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal de Brasil, en su Sentencia de 11 de mayo de 2011: «Los principios de igualdad y de dignidad humana, que tienen como función principal la promoción de la autodeterminación e imponen tratamiento igualitario entre las diferentes estructuras de convivencia sobre el ámbito del Derecho de familia, justifican el reconocimiento de las parejas afectivas entre homosexuales como una más de las variadas modalidades de entidad familiar».

En España, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 198/2012, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 modificativa del Código Civil, en lo relativo al derecho a contraer matrimonio, haciéndolo extensivo a personas del mismo sexo afirmó que:

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno [...] Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual.

En otro orden de ideas, en el propio capítulo III se reitera la igualdad de todos los hijos (artículo 83), en términos similares a lo previsto en la Constitución de 1976; novedosa resulta la protección del Estado no solo a la maternidad, también a la paternidad (artículo 84), con adecuado enfoque de género. Aparece la condena a la violencia intrafamiliar (artículo 85) y sus consecuencias dañinas; se asume la protección y reconocimiento a niñas, niños, adolescentes y jóvenes, como plenos sujetos de derechos (artículos 86 y 87). Se declara que el Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger, asistir y facilitar las condiciones para satisfacer las necesidades y elevar la calidad de vida de las personas adultas mayores, respetando su autodeterminación, garantizando el ejercicio pleno de sus derechos y promoviendo su integración y participación social (artículo 88). De igual modo, respecto a las personas en situación de

discapacidad (artículo 89), se plantea que el Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger, promover y asegurar el pleno ejercicio de sus derechos; corresponde al Estado la creación de las condiciones requeridas para su rehabilitación o el mejoramiento de su calidad de vida, su autonomía personal, su inclusión y participación social.

La persona en sede patrimonial

Las relaciones patrimoniales han ocupado un lugar central en las normativas de los códigos civiles decimonónicos, si bien los nuevos tiempos incitan al Derecho civil a redescubrir y acentuar su vocación personalista. Este es derecho de la persona, su finalidad es la protección y defensa del ser humano, la realización de sus fines, dentro de los cuales también se ubica el económico; «a través de este, el hombre se dirige, no solo a la consecución de los bienes necesarios para su subsistencia, sino también a la creación de un círculo de riqueza material que le permita el mejoramiento de sus condiciones de vida. Por ello, el Derecho civil reconoce al hombre como titular de un patrimonio y de un poder sobre los bienes que lo forman» (Rogel, 2010, pp. 330-331).

La Constitución cubana reconoce el ámbito económico de la persona. Así, en consonancia con el artículo 1 - que alude al bienestar y la prosperidad individual y colectiva- reconoce la propiedad privada en el título II: «Fundamentos Económicos» (artículo 22, inciso d) definiéndola como aquella que se ejerce sobre determinados medios de producción, por personas naturales o jurídicas, cubanas o extranjeras, con un papel complementario en la economía. Junto a ella, se reconoce también la propiedad personal (artículo 22, g), que se ejerce sobre los bienes que, sin constituir medios de producción, contribuyen a la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de su titular. Esta dicotomía entre propiedad privada/propiedad personal ha sido criticada desde la doctrina (Fernández, 2018, p. 190), pero la Constitución la mantiene sin que pueda deslindarse con claridad su razón de ser (por ejemplo, una vivienda, de la que se renta una habitación, ¿es propiedad personal o privada?).

Creo que no debe temerse al reconocimiento de la propiedad privada, sino darle un nuevo enfoque. «El reconocimiento constitucional de la propiedad privada desde la óptica de los derechos fundamentales, implica que esta debe cumplir una función social, los límites no serán un añadido posterior, sino la razón misma por la que se reconoce, en función de garantizar una cada vez más justa redistribución de la riqueza» (Perlingieri, 1983, p. 16). En nuestro caso, ello debe lograrse preservando los límites compatibles con los valores socialistas de equidad y justicia social, como se dispone en el artículo 30 de nuestra actual Constitución.

En el ya aludido título V, capítulo II «Derechos», el artículo 58 reconoce expresamente el derecho de todas las personas al disfrute de los bienes de su propiedad, garantizando el Estado su uso, disfrute y libre disposición, de conformidad con lo establecido en la ley. La expropiación se autoriza únicamente atendiendo a razones de utilidad pública o interés social, con la debida indemnización -reza el propio precepto. Luego, el artículo 59 dispone que la confiscación de bienes se aplica solo como sanción, dispuesta por la autoridad competente, en los procesos y por los procedimientos que determina la ley, garantizando que, en caso de ser dispuesta en procedimiento administrativo, la persona pueda defenderse ante los tribunales competentes.

La propiedad privada sobre la tierra se regula por un régimen especial, según lo dispuesto por el artículo 29, y se mantiene la prohibición de arrendamiento, aparcería y los préstamos hipotecarios a particulares. La compraventa u otra transmisión onerosa solo podrá realizarse cumpliendo los requisitos que establece la ley y sin perjuicio del derecho preferente del Estado a su adquisición, mediante el pago de su justo precio; los actos traslativos de dominio no onerosos, o de derechos de uso y disfrute, se realizan con previa autorización de la autoridad competente y de conformidad con lo establecido en la ley.

La Constitución de 2019 optó por ofrecer autonomía al derecho a la sucesión mortis causa, no vinculada solamente al derecho de propiedad. Así lo establece el artículo 63, que incluye el derecho a heredar a título universal, o a recibir legados y a disponer por herencia del patrimonio transmisible por causa de muerte. Estando reconocido también el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, cambiar de domicilio o residencia, se pone en tela de juicio la constitucionalidad del artículo 470 del Código Civil vigente, como ya se apuntó.

La persona y la Propiedad Intelectual

El artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la que Cuba es parte, reconoce expresamente al derecho de autor como tal; el precepto en cuestión dispone en su apartado primero que «toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten», añadiendo en su apartado segundo que «toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Se pretende con este artículo armonizar el derecho de autor con el interés social de acceder a las creaciones intelectuales, considerando ambas facetas como parte de un derecho humano. Se reconoce que los productos intelectuales poseen un valor intrínseco como expresión de la creatividad y la dignidad humanas, y da al traste con la idea de entender este como un derecho esencialmente individualista, asumiendo un equilibrio implícito entre el derecho de los creadores y los intereses de la sociedad en general: el bien común.

Aunque muchas leyes, en materia de Derecho de autor, asumen ese enfoque, como lo hace la Ley 14 de 1977, Ley cubana de derecho de autor, según se expone en sus Por Cuanto y en el artículo 3, su inclusión expresa en la Constitución no es frecuente. Hay que distinguir entre aquellos países que expresamente se refieren al derecho de autor en el texto constitucional -como los Estados Unidos, en su Constitución de 1787, cuyo artículo 1, párrafo 8, sección 8, confiere al Congreso la facultad de «fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos»- y aquellos que no lo mencionan explícitamente pero ubican su protección indirectamente en varios preceptos, como en la Constitución de España que, según criterio mayoritario, registra indirectamente el derecho de autor en su artículo 20.1 b) y en el artículo 33, que reconoce el derecho a la propiedad, incluyendo la propiedad intelectual (Bercovitz, 1997, pp. 19-20).

El caso de Cuba presenta matices peculiares: se reconocía el derecho de autor como un derecho fundamental en el artículo 92 de la Constitución de 1940, precepto que queda incólume al aprobarse la Ley Fundamental de 17 de febrero de 1959; en el texto de la Constitución de 1976, el artículo 53, capítulo VII «Derechos, deberes y garantías fundamentales», y el artículo 39, incisos ch y d, incluidos en el capítulo V: «Educación y cultura», protegían indirectamente el derecho de autor, como resultado natural de la libre creación artística y el fomento de la vocación para la creación a que se refieren los últimos apuntados, así como la libertad de palabra y prensa a la que se refiere el primero. A ello habría que sumar la tercera y última plicas del artículo 9, que establecían que el Estado garantiza la libertad (incluida la de crear) y la dignidad plena del hombre (el derecho de autor es un derecho humano que contribuye a ello), a la vez que asegura el avance educacional, científico, técnico y cultural del país (lo cual no sería posible sin la labor creadora que realizan los autores). Una labor de engarce que no permitía afirmar con certeza que tal derecho estaba reconocido en el texto constitucional.

La nueva Constitución de 2019 sí reconoce, en el artículo 62, los derechos derivados de la creación intelectual, conforme a la ley y los tratados internacionales. Queda, por consiguiente, expresamente reconocido el derecho de autor, tanto en su contenido moral como patrimonial. El hecho de que Cuba sea signataria del Convenio de Berna, le permite acudir a este cuando alguna facultad no encuentre asidero en la vigente Ley 14 de 1977.

El justo sentido del precepto se complementa con lo dispuesto in fine, donde se señala que los derechos adquiridos se ejercen por los creadores y titulares en correspondencia con la ley y las políticas públicas; estas últimas deberán ser congruentes, a su vez, con lo dispuesto por el artículo 79, que establece que todas las personas tienen derecho a participar en la vida cultural y artística de la nación, a partir de que el Estado promueve la cultura y las distintas manifestaciones artísticas, de conformidad con la política cultural y la ley. En el título III «Fundamentos de la política educacional, científica y cultural», el artículo 32 establece los postulados que rigen dicha política y, en sus incisos del h al k, apunta que se promueve la libertad de creación artística, se fomenta y desarrolla la educación artística y literaria, la vocación para la creación, el cultivo del arte y la capacidad para apreciarlo; se defiende la identidad y la cultura cubana, la riqueza artística, patrimonial e histórica de la nación, los monumentos y los lugares notables por su valor artístico o histórico.

En la práctica de esa política descrita, debe recordarse lo que ya he planteado en otra ocasión: el punto de partida de toda actividad creadora está en los autores. Sin autores no hay obras, sin obras no es concebible desarrollo cultural alguno. Si se entiende que el proceso de protección a la cultura nacional no debe limitarse a la defensa de lo creado, sino que debe extenderse a fomentar la creación, entonces los creadores deben estar debidamente reconocidos tanto en el orden moral, como patrimonial. Estas cuestiones no deben ser objeto de interés y atención solo de aquellos que se vinculan a la creación, sino también del Estado, mediante el establecimiento de adecuadas normas que protejan al autor y su obra. Preservar los legítimos beneficios de los autores estimula la actividad intelectual y artística, patrimonio sagrado de la nación, a la vez que facilita el intercambio de ideas, conocimientos y las expresiones más diversas de la cultura de los pueblos.

BREVE EPÍLOGO A MODO DE COLOFÓN

La constitucionalización del Derecho civil permitirá aplicar, de forma directa, los principios de la nueva Constitución cubana a la persona, a las relaciones interpersonales, y a las relaciones jurídicas civiles, allí donde el legislador fue parco o no reguló situaciones que tienen tipicidad social y carecen del manto protector de la normativa civil. Sus valores están presentes en el Derecho civil, e incluso me atrevo a decir que están consagrados en el texto constitucional, en buena medida, por la labor de los civilistas que directa o indirectamente han participado en su elaboración.

El Derecho civil constitucional se convierte, ya no en una disciplina autónoma, ni en una especialidad civil, sino «en una perspectiva hermenéutica consolidada y de rango preeminente, aplicable a todos los sectores del Derecho civil, a modo de presupuesto o parte fundamental de cada uno de ellos» (Cerdeira, 2014, pp. 55-56).

No obstante, la tarea no está terminada. Continúa para que, en un futuro no lejano, los valores constitucionales iluminen, los principios informen, y contemos con normas propias que prescriban atinadamente las relaciones jurídicas civiles. El eje del ordenamiento civil debe seguir siendo el binomio Constitución-Código Civil, en el que nunca la primera desplazará al segundo, porque la persona y sus dimensiones esenciales tienen su regulación fundamentalmente en este último.

El Derecho civil cubano tiene que ser el Derecho de las formas de vida que existen en la Cuba de hoy, para recoger y dar cauce jurídico idóneo a las nuevas condiciones vitales y las estructuras sociales novedosas que se asientan. A ello deben encaminarse las futuras reformas: modificar el Código Civil, aprobar un nuevo Código de las Familias, aprobar leyes que desarrollen los derechos enunciados en el texto constitucional, tanto en el orden sustantivo como adjetivo; habrá de crearse, en definitiva, un Derecho civil de la persona de nuestro tiempo. Para completar la obra, se requiere talento, pericia, dedicación y, sobre todo, sentido común.

Artículos de revisión

Algunos preceptos y disposiciones de la teoría general del derecho médico

Some precepts and arrangements of the general theory of the medical right

Nilecta Lucía Berenguer Guarnaluses, 1 Juan Enrique Arroyo de La Tejera 2 y Maritza Berenguer Gouarnaluses 3
Instituto Superior de Ciencias Médicas

RESUMEN

El derecho es el elemento regulador de las relaciones sociales, entre las cuales figuran las generadas en el sector de la salud, tanto en las funciones de rehabilitación como preventivas, de promoción de salud e inspección sanitaria estatal; por ello la actuación médica, independientemente de su naturaleza, tipo, clase o forma constituye un acto médico, que puede ser correcto o lícito cuando se ejecuta según las disposiciones legales u oficiales vigentes e incorrecto o ilícito cuando no las cumple durante el ejercicio de su profesión. En este artículo se tratan, entre otros importantes aspectos, los relacionados con la Teoría general del derecho médico, el sistema jurídico cubano, la Constitución cubana y el derecho a la salud, el consentimiento informado y la norma jurídica del secreto médico.

Descriptor:MEDICINA LEGAL/legislación & jurisprudencia;MEDICINA LEGAL/ética;JURISPRUDENCIA;LEGISLACIÓN SANITARIA; NORMAS JURÍDICAS;DERECHO A LA SALUD;DERECHO A LA SALUD/legislación & JURISPRUDENCIA;CUBA
Límites: HUMANO

ABSTRACT

Right is the regulator element of social relations, among which there are those taking place in the health sector, either in the rehabilitation functions or preventive functions, health promotion and state sanitary supervision functions; that is why the medical role, independently of its nature, type, class or form constitutes a medical performance that can be correct or licit when it is carried out according to the present legal or official arrangements and can be incorrect or illicit when they are not fulfil during the practice of their profession. This article deals, among other important aspects, with those related to the General theory of the medical right, the Cuban legal system, the Cuban Constitution and the right to health, the informed consent and the legal regulation of the medical secret.

Subject heading:FORENSIC MEDICINE/legislation & jurisprudence;FORENSIC MEDICINE/ethics;JURISPRUDENCE;LEGISLATION, HEALTH;ENACTED STATUTES;RIGHT TO HEALTH;RIGHT TO HEALTH/legislation & jurisprudence;CUBA
Limits: HUMAN

En la fuente del derecho médico en Cuba figura, en primer lugar, la Constitución de la República como ley fundamental, la cual recoge en su artículo 50 el derecho de todos los ciudadanos a que se les atienda y proteja su salud, así como la obligación que tiene el Estado de materializar ese derecho mediante las garantías constitucionales que se señalan al efecto;¹ en segundo, la Ley No. 41 o de Salud Pública de 13 de julio de 1983, 2 como norma jurídica esencial en materia de salud; en tercero, el decreto No 139 ó Reglamento de la Ley de Salud Pública del 4 de febrero de 1988; y en cuarto, las resoluciones y demás disposiciones complementarias dictadas por el Ministerio de Salud Pública, con vista a cumplir mejor lo dispuesto en la Ley de la salud, así como las disposiciones derivadas de acuerdos en los tratados y convenios internacionales.

Otras características importantes se relacionan con la dispersión legislativa en esta materia. Aspectos objeto de estudio de derecho médico se encuentran regulados indistintamente en disposiciones jurídicas de diferentes rangos, en el orden del derecho penal, civil, internacional y administrativo.

Fundamento del Derecho

La comprensión materialista y dialéctica del Derecho advierte que este es un fenómeno de la superestructura, determinado en última instancia por la base económica de la sociedad; pero también una expresión de intereses de clase, que protege y defiende los de la clase económicamente dominante,

Concepto

Es la voluntad de la clase dominante erigida en forma de ley. El derecho es un fenómeno social que integra la superestructura, cultura y espíritu de cada sociedad; se trata de un fenómeno esencialmente político y un orden normativo dictado por el Estado. 3

Características

1. Normativo: Es un conjunto de normas.
 2. Voluntad política: Refleja las luchas de clases en cada sociedad y momento histórico; y en su esencia normativa responde a los intereses de los grupos económicamente dominantes.
 3. Obligatoriedad: Constituye un dictado de conducta obligatorio para cada sociedad, puesto que el Derecho se apoya en la coacción estatal para hacer valer sus legislaciones.
 4. Imperatividad: Utiliza formalmente un lenguaje imperativo. El Derecho no ruega, suplica o solicita; simplemente ordena, dispone, manda y establece, pero lo hace siempre, en consecuencia, con una expresión formal imperativa.
 5. Coactividad: Todo derecho está vinculado a su imposición violenta; siempre es coactivo.
- Sistema Jurídico Cubano.

El Sistema Jurídico Cubano, según lo estipulado en la Constitución de la República de Cuba en su Artículo 120, tiene como función la de impartir justicia que dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye.

Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro y subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado.

El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones en este orden son definitivas.

A través de su Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y sobre la base de la experiencia de estos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley. En su función de impartir justicia, los jueces son independientes y no deben obediencia más que a la ley.

La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponden como objetivos fundamentales: el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales por los organismos estatales, entidades económicas y sociales, así como también por los ciudadanos, mediante la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado. De hecho, la Fiscalía constituye una unidad orgánica subordinada únicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado.

Los órganos de la Fiscalía, además de estar organizados verticalmente en toda la nación y subordinados solo a la Fiscalía de la República, son independientes de todo órgano local.

Sujetos del Derecho

Los sujetos del Derecho lo constituyen la Persona natural y la Persona jurídica

Persona natural: Es el ser humano, el hombre jurídicamente considerado, al que se le reconoce capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y además poseedor de atributos y cualidades que tipifican su dignidad humana y han de ser admitidos por el Derecho. En el orden jurídico, la persona natural tiene como atributo o cualidad esencial la personalidad identificada por el Estado mediante el ordenamiento legal que, como voluntad suya, impone a la sociedad.

Persona jurídica: Son entidades que poseyendo patrimonio propio, poseen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones. A los efectos, el artículo 39.1 del Código Civil establece que son personas jurídicas, además del Estado:

- a) Las empresas y uniones empresas estatales.
- b) Las cooperativas.
- c) Las organizaciones políticas, de masas, sociales y sus empresas.
- d) Las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes.
- e) Las fundaciones, entendiéndose por tales el conjunto de bienes creados como patrimonio separado por acto de liberalidad del que era su propietario, para dedicarlos al cumplimiento de determinado fin permitido por la ley, sin ánimo de lucro, constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes.
- f) Las empresas no estatales, autorizadas para realizar sus actividades.
- g) Las demás entidades a las que la ley confiere personalidad jurídica.

La Constitución de la República de Cuba 4 regula en su Artículo 45, capítulo VII, los derechos, deberes y garantías fundamentales de los sujetos:

- El trabajo en la sociedad socialista es un derecho y un deber y un motivo de honor para cada ciudadano.
- Todos los ciudadanos tienen derecho a la educación con carácter gratuito.
- Todos los ciudadanos tienen derecho a la educación física.
- Todos tienen derecho a que se les atienda y proteja su salud. El Estado garantiza este derecho.
- Es deber de cada ciudadano cuidar la propiedad pública y social, acatar la disciplina del trabajo, respetar los derechos de los demás, observar las normas de convivencia socialista y cumplir los deberes cívicos y sociales.
- Todo ciudadano tiene derecho a dirigirse con quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazos adecuados, conforme a la ley.

Pirámide normativa del Derecho cubano

En cuanto a la estructura formal del ordenamiento jurídico en Cuba se hace referencia, primero que todo, a la organización jerárquica de la pirámide normativa del país. En la cúspide se encuentra la norma Constitucional, la cual se impone sobre toda la estructura jurídica y demás; establece la forma del Estado, su funcionamiento, los derechos y deberes, así como las garantías de los ciudadanos. La Constitución es la norma suprema por su contenido como ordenadora del Estado y del resto de la normativa jurídica.

La ley es la norma de mayor rango y tiene superioridad normativa, tanto en su valor formal como en su contenido material. En su valor formal es superior porque emana del máximo órgano legislativo del país y mediante procedimientos legisferantes rigurosos, que no pueden ser violados. También resulta superior desde el punto de vista material, porque su contenido no es de segundo rango ni particularizado, sino que en ella se contienen prescripciones esenciales, generales, universales, que sintetizan la más alta voluntad jurídica del estado a través de su órgano legislativo.

Decreto Ley del Consejo de Estado según la misma Constitución, en su Artículo 89. El Consejo de Estado es el órgano de la Asamblea Nacional del Poder Popular que la representa entre uno y otro períodos de sesiones; ejecuta los acuerdos de esta y cumple las demás funciones que la Constitución le atribuye. El Consejo de Estado no dicta leyes, sino Decreto Leyes.

Decretos: Dictado por el Consejo de Ministros y su Comité ejecutivo, según el Artículo 95 de la Constitución, es el máximo órgano ejecutivo administrativo y constituye el Gobierno de la República. Como tal gobierno y en consecuencia órgano ejecutivo y administrativo, dicta disposiciones jurídicas conocidas como decretos, mediante los cuales se establecen y disponen los dictados de conducta, que en su esfera determinada pronuncia el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.

Reglamentos: Pueden dictarlos el Consejo de Ministros o, lo que es más usual, el Comité Ejecutivo de este. El Reglamento es sustancialmente una normativa que amplía o desarrolla el contenido de una norma superior.

Finalmente, de esos cuerpos normativos se derivan los Acuerdos del mismo Consejo de Ministros o de su Comité Ejecutivo y las resoluciones que pueden dictar los ministros, en las esferas de su competencia, las instrucciones ministeriales o cartas circulares que detallan asuntos generalmente tratados en una norma superior, las órdenes ministeriales y, por último, las resoluciones dictadas por los jefes de organismos centrales u otras autoridades facultadas para ello, en las que se deciden e imponen normativas casi siempre funcionales, dentro de sus dependencias. 4

Derecho médico

Surge de las relaciones sociales que se producen en la prestación de los servicios de salud de los profesionales y técnicos de dicha rama y sus estudiantes entre sí, con los pacientes y sus familiares; con las instituciones asistenciales, docentes y de investigación, así como igualmente con la sociedad.

Están vinculadas con el acto médico, que puede ser de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Debe entenderse por Derecho médico, aquella parte de la medicina legal que trata sobre la normación jurídica del ejercicio profesional de la medicina. Es término utilizado en ocasiones para sustituir al de medicina legal, cuando en verdad no pasa de ser una parte de esta disciplina, como también lo son la medicina forense o la deontología médica. Pudiera admitirse como designación sinónima de la jurisprudencia médica, también utilizada a veces con sentido más lato, como medicina legal. El uso de estos términos con acepciones no bien, precisadas lleva a la confusión semántica, que si para algunos no es trascendente, de todas formas requiere esta breve aclaración.

La actuación médica aislada, cualquiera que sea su naturaleza, tipo, clase o forma, constituye un acto médico, que puede ser correcto o lícito si se practica conforme a las disposiciones legales u oficios vigentes, e incorrecto o ilícito si no las cumple. En la práctica, el acto médico cobra extraordinaria importancia en determinados casos de que puede conocer el derecho médico por haberse vulnerado preceptos o disposiciones de las bases legales (leyes, decretos, resoluciones, etc.). El acto médico puede ser también motivo de análisis fuera del derecho médico, como cuando se analizan infracciones de la ética médica, determinadas indisciplinas o la comisión de delito recogido en el Código correspondiente. El sujeto del Derecho Médico lo constituye todo el profesional de la salud.

La Constitución cubana y el derecho a la salud

La Constitución de la República establece, en su Artículo 50, que todos tienen derecho a que se les atienda y proteja su salud. El Estado garantiza este derecho:

- a) Con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita, mediante la red de instalaciones de servicios médicos rurales, policlínicos, hospitales, centros profilácticos y de tratamientos especializados.
- b) Con la prestación de asistencia estomatológica gratuita.
- c) Con el desarrollo de los planes de divulgación sanitaria y educación para la salud, exámenes médicos periódicos, vacunación general y otras medidas preventivas de las enfermedades. En estos planes y actividades coopera toda la población a través de las organizaciones de masas y sociales.

Vínculo del Derecho médico con otras ramas del Derecho

El Derecho penal estipula en su Artículo 162 que entre las obligaciones del personal médico figura denunciar cuando en el desempeño de su profesión, tenga conocimiento o la presunción de que se ha cometido un delito.

Sobre esa base, el Artículo 195 pauta la obligación de dar cuenta a las autoridades sanitarias en los casos de enfermedades transmisibles sobre asuntos tan trascendentales de la práctica médica y su importancia en el terreno ético. 6

Derecho laboral administrativo: La infracción de la disciplina laboral por parte de un profesional de la salud en el ejercicio de su función y las medidas disciplinarias impondibles están reguladas en el Decreto Ley 113 de 1989, Sobre la disciplina de los centros asistenciales del Sistema Nacional de Salud.

Derecho civil: La responsabilidad civil por actos ilícitos establece que toda persona que cause ilícitamente daño o perjuicio a otro, está obligada a resarcirlo, según el Artículo 82 y siguiente del Código Civil. 7

Derecho ambiental: Incluye en su capítulo 3 otras disposiciones relativas a la protección de la salud y la calidad de vida respecto a factores ambientales.⁸

El Derecho médico y la responsabilidad

· Responsabilidad médica

La responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión no aparece como algo nuevo; existe desde la antigüedad, ya sea en el orden ético, religioso e incluso jurídico. Es precisamente la profesión médica la primera en elaborar códigos y normas deontológicas en busca de una ética médica y posteriormente en los primeros pasos de regulación de la actividad médica desde el punto de vista jurídico. Se entiende como responsabilidad profesional médica la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos y omisiones cometidos en el ejercicio de la profesión y que estén jurídicamente previstos por la ley.

El médico, en su proceder como tal, asume no solo una elevada responsabilidad ética y social, sino también una insoslayable responsabilidad jurídica, por lo cual es de una gran trascendencia la responsabilidad del médico en el campo del Derecho penal.

A los efectos, el Código Penal Cubano, en su Artículo 9.1, regula que el delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia.

El delito es intencional cuando el agente realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha querido su resultado; o cuando sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo.

Se agrega en el Artículo 9 que el delito se comete por imprudencia cuando el agente, previo a la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, esperaba con ligereza evitarlas; o cuando no previo a esa posibilidad, pudo o debió haberlas previsto.

El término imprudencia alcanza un sentido genérico, que abarca todos los matices y expresiones de la acción delictiva no intencional: la negligencia, la imprudencia, la impericia y la inobservancia de los reglamentos.

La negligencia viene siendo una especie de conducta omisa, que se contrapone a las normas que exigen una determinada actuación solícita, atenta y capaz. La negligencia o práctica médica deficiente es utilizada para describir el descuido y la desatención, el no hacer lo debido y como resultado de lo cual se perjudica la salud del paciente.

Por su parte, la imprudencia consiste en una conducta positiva al realizar un hecho que había que abstenerse de ejecutar por la posibilidad de producir un daño o peligro. En la imprudencia está presente la falta de previsión de lo previsible. Se aplica a los médicos cuando provocan un mal como consecuencia de su actuar precipitado y sin el cuidado de la ciencia y la experiencia médica que deben tener en cuenta al tratar a las personas enfermas.

El profesor Fernando Cañizares ha señalado que la impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica puede ser total, cuando el que la comete, carece de la condición profesional que se requiere; o grosera, cuando a pesar de estar capacitado para el desempeño de la profesión, emplea deficientemente o no utiliza los conocimientos científicotécnicos requeridos en el proceder que ejecuta, de modo que causa la lesión o muerte del paciente; resultados estos que en su producción se hallan unidos en relación causal con la acción u omisión referidos. El nivel de experiencia del profesional, el estado de la ciencia y técnica médicas en el instante de ejecutarse el proceder y la posibilidad de aplicar esos conocimientos o no en las circunstancias del caso concreto, deberán dar la clave de este delicado aspecto de determinar la responsabilidad del médico en su proceder por impericia.

La inobservancia de los reglamentos se produce cuando el facultativo incumple las medidas que se le imponen con carácter obligatorio, tanto en los reglamentos generales como específicos, de donde puede derivarse la inobservancia de una responsabilidad, no solo en el orden laboral o administrativo, sino penal.

Figuras delictivas previstas en el Código penal relacionadas con el personal médico

Entre esas figuras se encuentran: denegación de auxilio, incumplimiento del deber de denunciar, falsificación de certificado facultativo, cohecho, propagación de epidemia: producción, venta, demanda, tráfico, distribución y tenencia ilícita de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos similares; auxilio al suicidio, homicidio, aborto ilícito y lesiones. 9

La salud. Categoría esencial del hombre

La Organización Mundial de la Salud define la salud como un estado de completo bienestar, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o padecimientos.

Concepto de derecho de salud

El derecho de salud se considera un derecho básico humano, aunque no es posible alcanzar la salud perfecta, por lo que frecuentemente se habla sobre derecho a la atención de la salud, que abarca una gran gama de servicios, prevención de enfermedades y promoción de salud, tratamiento, rehabilitación y protección ambiental.

Como rama del Derecho, el derecho de salud contempla las subramas: Derecho médico (derecho a la atención sanitaria) y Derecho sanitario (derecho a las condiciones sanitarias).

El Derecho de salud es una rama especializada del Derecho, que regula las relaciones jurídicas en el campo de la salud. Es una rama independiente, pues tiene sus propias categorías e instituciones para regular relaciones jurídicas en la atención sanitaria a la sociedad y las condiciones de salubridad, con lo cual garantiza las condiciones de salud del individuo y la comunidad.

Al respecto, el Derecho médico es una rama del Derecho de salud que comprende las relaciones jurídicas de la atención médica sanitaria a los individuos y componentes de la sociedad y puede ser de forma privada y estatal. Comprende la atención médica (primaria y secundaria), la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación.

Derecho sanitario

Es una rama del derecho de salud, que regula las relaciones jurídicas relacionadas con las condiciones sanitarias de la comunidad, o sea, de la sociedad, a saber: la pureza del agua y su limpieza, la atmósfera, la evacuación de desechos, los productos alimenticios y otras.

Consentimiento informado

Es la información al interesado sobre los actos, procedimientos y conclusiones acerca de la enfermedad, investigación u otras cuestiones que él deba conocer y ser parte en relación con la actividad médica. En los países carentes de los más elementales conocimientos, esto es difícil y poco probable, pues no se puede consentir en lo que no se logra conocer ni valorar lo que es bueno o malo.

Más complejo aún lo es en la actividad pericial, pues resulta imposible aplicar la mayoría de los principios, toda vez que la peritación no puede poner en peligro la vida.

Norma jurídica del secreto médico

Secreto médico es la obligación que tiene el médico de guardar reserva de los hechos por él conocidos en el ejercicio de su profesión, según las condiciones que las leyes establecen. 8

El error

Es la negación del dolo. Supone el desconocimiento del hecho o de la significación antijurídica del hecho.

Error de derecho: La ignorancia de la ley no exonera de su cumplimiento.

Error de hecho: Puede ser esencial o accidental.

- Esencial: Recae sobre los elementos del delito. Excluye el dolo y deja subsistente la imprudencia.
- Accidental: Recae sobre algunas circunstancias, por lo que el dolo existe a pesar del error.

En el Código Penal:

Artículo 23.1: Está exento de responsabilidad penal el que realiza el acto prohibido bajo la influencia de un error relativo a uno de los elementos constitutivos, o habiendo supuesto equivocadamente la concurrencia de alguna circunstancia que, de haber existido en realidad, lo habría convertido en lícito.

Artículo 23.2: No es aplicable cuando se trata de delitos cometidos por imprudencia y el error se debe a la imprudencia misma del agente.

Error esencial. Es evitable y vencible.

1.Sobre los elementos constitutivos del delito, por ejemplo: Dio de beber limonada, ignorando que contenía veneno.

2.Sobre las circunstancias de una causa de justificación.

La conducta delictuosa obedece a la creencia errónea de encontrarse con una situación en que el hecho delictuoso está justificado, es lícito y no punible.

Error accidental: 8

1.Sobre el objeto: Por ejemplo: Dos maletines iguales y se apodera del vacío.

2.Sobre el acto: En vez de matar al enemigo, mata a otro.

Error médico

Es una equivocación donde no hay mala fe, ni negligencia ni indolencia en el ejercicio de la profesión médica. Es algo no previsto y que ocurre por error del médico.

Eutanasia

La eutanasia es la muerte suave sin agonía, provocada sin sufrimiento. "Es el arte del bien morir", el arte de provocar una muerte confortable. Acción deliberada de poner fin a una existencia que se considera fatal, ya sea por el sufrimiento, ya por hallarse desprovista de significado.

Eutanasia activa: Incluye las acciones directamente destinadas a terminar la vida. El médico ayuda a provocar la muerte mediante una acción correcta, de modo que esta se produce antes de lo supuestamente previsto. Se puede subdividir en directa e indirecta.

Directa: La muerte es provocada por un medicamento con reconocida acción mortal.

Indirecta: El uso de narcóticos potentes y otras drogas con vista a aliviar el dolor o deprimir el estado de conciencia, a sabiendas de que adelantarán el proceso de la muerte.

Eutanasia pasiva (por omisión): Consiste en no aplicar medida alguna que pueda prolongar la existencia de un paciente. No instaurar o suspender tratamientos; ambos pueden ser voluntarios e involuntarios cuando se reflejan a petición expresa del paciente.

Suicidio asistido: Cuando la acción de quitarse la vida realiza el propio enfermo, quien es ayudado por una persona vinculada o no a la salud. En Cuba se denomina auxilio al suicidio y constituye un delito registrado en el Artículo 266 del Código Penal.

La concepción marxista del Derecho se elabora sobre la base de los principios y fundamentos del materialismo dialéctico, aplicado a la sociedad y a la historia, lo cual ha sido identificado como el materialismo histórico. En esta fundamentación materialista y dialéctica radica la significación científica que el marxismo tiene del Derecho, al despojarlo de visiones idealistas, misticismo y falsedades.

La Enseñanza del Derecho en Cuba

Teresa Delgado Vergara*

*University of Havana

1. ANTECEDENTES

Los estudios de Derecho en Cuba son coetáneos a los inicios de la enseñanza universitaria en el país. En 1728 se fundó la Real y Pontificia Universidad de San Jerónimo. La licenciatura en Derecho se encontraba entre las primeras carreras que ofertaba.

En esta etapa, Cuba se hallaba bajo la dominación colonial española, y los estudios jurídicos se hallaban influenciados por el escolasticismo.

1. Al frustrarse el esfuerzo libertador con la intervención de los Estados Unidos, primero en nuestra guerra de independencia y, como consecuencia de ello, en los destinos políticos, económicos y sociales de nuestro país, la presencia norteamericana se dejó sentir en la vida académica, pero ciertamente se limitó a introducir su visión pragmática en algunas zonas del estudio y la ciencia del Derecho."

2. Durante la república neocolonial se hizo sentir la influencia kelseniana que privilegia la concepción normativista del fenómeno jurídico así como el positivismo jurídico de León Duguit, corrientes que no solo marcaron la teoría jurídica y su enseñanza sino también en las ideas que inspiraron la redacción constitucional en 1940. Después de 1959, el normativismo continuó marcando la enseñanza del Derecho y ya en 1976, habiendo sido creado el Ministerio de Educación Superior y una vez promulgada la Constitución (aún vigente y modificada en 1992) se comienza diseñar el primer plan de estudios con pretensiones pedagógicas y científicas, que fue denominado Plan A, lo que permite colegir que se previó ya en ese momento que vendrían otros a medida que la sociedad fuera avanzando y cambiando. Se trataba de un plan muy elemental, basado en consideraciones empíricas, con una reducción notable de horas lectivas y compuesto solo por las más esenciales asignaturas básicas especiales.

"Sin embargo, muy pronto se produjo una reacción contra esas posiciones y en todo el país se pasó a un intenso proceso de institucionalización del sistema político, el Estado y el sistema de Derecho. A la luz de la Constitución (. . .) se aprobó un buen número de normativas jurídicas que fueron completando el sistema de Derecho cubano y brindaron apoyatura absoluta a los esfuerzos académicos y científicos en esta rama de las ciencias sociales."3De esta forma, fue necesario comenzar el diseño del nuevo plan, llamado lógicamente Plan B, el cual pretendía vencer las insuficiencias, omisiones y errores de su predecesor Plan A, el cual se mantuvo vigente con adecuaciones paulatinas hasta la década de los años 80, ya que se inició el curso 1990-1991 con el nuevo y prometedor Plan C.

La aplicación del Plan C comenzó un período de nuevas concepciones científico-jurídicas, y constituyó el colofón de una loable voluntad académica de dotar de científicidad y distinción teórico-doctrinal a los estudios jurídicos, pretendiendo desechar las posturas positivistas que inspiraron los anteriores planes. Por ello el principio conductor del Plan C fue: "Enseñar Derecho y no legislación." Esto contribuía a formar un jurista capaz de interpretar la norma, aun cuando esta cambiase por el decurso dialéctico de los procesos socio-económicos, culturales e incluso políticos.

Un jurista que sepa Derecho y no únicamente legislación es capaz de manejar las instituciones, lo que le permite incidir en el perfeccionamiento normativo, en la aplicación justa de la ley e incluso entender el Derecho comparado. Para lograr los objetivos del Plan C se requería reformular el contenido de las disciplinas y asignaturas para aumentar la perspectiva teórico-doctrinal en clave científica, privilegiando la comprensión de los principios y conceptos de nuestro sistema jurídico romano-francés; y también dotar el pensum de un componente investigativo y práctico que coadyuvara a la formación de habilidades profesionales en adecuado balance con la formación teórica. El claustro debió desarrollar para la obtención de estos fines, un trabajo metodológico encaminado a la construcción de un proceso docente-educativo centrado en métodos activos de enseñanza aprendizaje que le permitan al estudiante "aprender a aprender" y comenzar a ser protagonista de su formación en el aula y en las prácticas pre profesionales.

Las nuevas circunstancias históricas, políticas, económicas e internacionales, impusieron un proceso de perfeccionamiento del Plan C, en cuanto al número de horas e introducción de algunas materias,⁴ lo que constituiría preámbulo del que sería en el futuro próximo el Plan D, hoy vigente. El actual Plan de Estudio para la carrera de Derecho fue aprobado por el Ministerio de Educación Superior en abril del año 2008 y comenzó a impartirse en la Universidad de La Habana en el siguiente curso académico 2008- 09. Fue modificado en cuanto al plan del proceso docente y la estructura de algunas disciplinas en 2014 y 2016. El Plan D fue concebido con la idea de disminuir el tiempo presencial de las diferentes asignaturas que conforman el currículo básico de la carrera y establecer formas de evaluación que permitieran valorar el aprendizaje de los estudiantes en cada materia, manteniendo las premisas fundamentales a las que se ya se ha hecho referencia: “Enseñar Derecho y no legislación” y “Vinculación de la teoría con la práctica.”

2.CARACTERIZACIÓN ACTUAL DE LA CARRERA

La enseñanza de pregrado del Derecho se estructura en dos modelos pedagógicos.⁵ En la modalidad presencial, se desarrolla en cinco años académicos. El estudiante se dedica a tiempo completo a los estudios, su asistencia a clases es obligatoria y se combina en su formación el componente lectivo, con el investigativo y el laboral. En la modalidad semipresencial tiene una duración de seis años.

En esta se potencia la autopreparación y se prevén actividades presenciales como clases encuentros, consultas y tutorías. El objetivo es que al culminar la carrera se gradúe un jurista de formación integral y básica, que sea capaz de desempeñarse profesionalmente en todos los campos de la acción jurídica: Organismos, Instituciones, Empresas, Bufetes colectivos; Fiscalías; y Tribunales. También podrán trabajar como docentes en actividades académicas de la educación superior. En todos los casos se combina la instrucción con la formación en valores que debe caracterizar a un jurista con compromiso social. Ello impacta en el diseño de los diferentes programas de asignaturas, todos los cuales han de tributar a diferentes estrategias educativas que deben ser desarrolladas desde lo instructivo y que propician la formación y consolidación de valores en los alumnos y no únicamente un aprendizaje técnico.⁶ La carrera consta de un currículo propio y un currículo optativo.

En el primer año se reciben las llamadas materias de formación básica y subsiguientemente se introducen las asignaturas propias de la especialidad. También abarca otras disciplinas generales que incluyen asignaturas como son el idioma (inglés), la educación física, la filosofía, la historia de Cuba, la economía política, la teoría socio-política, la seguridad y defensa nacional. Las asignaturas que forman parte del currículo optativo constituyen un segmento del pensum destinado a estimular la participación activa del estudiante en su proceso formativo.

Son seleccionadas por el estudiante a partir de una oferta vinculada con las distintas disciplinas de la especialidad, así como con los campos de acción y las esferas de actuación del jurista. La oferta estará en correspondencia con las posibilidades de cada Universidad en que se imparta la carrera, pudiendo ser revisada y renovada periódicamente por los colectivos profesoraes y la Comisión de Carrera, a fin de mantener concordados los contenidos de la ciencia y las necesidades del país o territorio en cuestión.

En la cartera de optativas se incluyen entre otras, materias tales como: Trascendencia del Derecho Privado Romano a nuestro Sistema Jurídico, Curso de Latín Jurídico, Oratoria Forense, Status Jurídico del Individuo y Derecho Comparado, Modelos Políticos e Integración Latinoamericana, Gobierno y Actuación Municipal, Sociología del Derecho, Bioética y Derecho Civil, Tendencias Actuales del Derecho de Daños, Derecho Inmobiliario y Urbanismo, Derecho de Seguro y Sistema Empresarial, Derecho Comparado de Seguridad Social, Solución Alternativa de Conflictos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho de Tratados, Derecho de Extranjería, Derecho Procesal Internacional, Filosofía Penal, Derecho Penal Constitucional, Derecho Penitenciario, Victimología, Justicia Penal Internacional, Derecho Penal Económico.

Dentro del currículo propio se encuentran las disciplinas básicas, las de la especialidad y la disciplina integradora. Las disciplinas básicas de la carrera y las asignaturas que las integran son: Fundamentos Históricos del Estado y del Derecho: Tiene como propósito formar en el estudiante las concepciones que le permitan la comprensión histórica del fenómeno jurídico, para que pueda analizar el Derecho en su evolución. Tiene también una misión vocacional en tanto introduce al alumno en el contenido de las ramas del Derecho.

Está integrada por las asignaturas siguientes: Historia General del Estado y del Derecho; Historia del Estado y del Derecho en Cuba; y Derecho Romano. Fundamentos Teóricos del Estado y del Derecho: Surge como disciplina académica en los años noventa del siglo XX, pero sus contenidos aparecen registrados en los primeros currículos del período colonial. Explica los principios y doctrinas que sirven de fundamento a los fenómenos jurídicos-políticos que estudia y, destaca el papel rector del sistema normativo, en especial de la norma constitucional, respecto al ordenamiento político y jurídico de cada país; así como analiza los mecanismos del poder político, y de la organización y funcionamiento estatal y administrativo.

Las materias que la componen son: Teoría General del Estado, Teoría General del Derecho, Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Metodología de la Investigación jurídica. Las disciplinas específicas y la composición de sus materias es la siguiente: Disciplina Derecho Civil y Familia: Es una disciplina fundamental en la formación integral del jurista. Su objeto de estudio principal son las relaciones jurídicas de carácter civil y del Derecho de Familia y constituye la base doctrinal y teórica indispensable para el ejercicio y la comprensión exitosa de cualquier otra rama del Derecho. Está conformada por las siguientes asignaturas: Derecho Civil Parte General; Derecho sobre Bienes; Derecho de Obligaciones; Derecho de Contratos; Derecho de Familia; Derecho de Sucesiones; Derecho de Autor; Derecho Notarial, Derecho Agrario, Derecho procesal general y Derecho procesal civil.

Disciplina Ciencias Penales: Su objeto de estudio lo constituye el delito y sus consecuencias jurídicas y sociales, desde el punto de vista general y especial; esto es: las concepciones teóricas, las regulaciones normativas que lo tipifican, la práctica judicial y el Derecho comparado, así como los métodos y estrategias más eficaces para la detección y prevención de las transgresiones penales. Está integrada por siete asignaturas: Derecho Penal. Parte General I; Derecho Penal. Parte General II; Derecho Penal. Parte Especial; Criminología; Criminalística, Medicina Legal y Derecho procesal penal.

Disciplina Derecho de la Empresa: Comprende un conjunto de ramas del Derecho que regulan relaciones jurídicas de carácter económico, laboral y de seguridad social, financiero, marítimo, mercantil, sobre lapropiedad industrial y ambiental, las que requieren de una coherenteracción científica y pedagógica. Contiene como asignaturas: Derecho económico, laboral y de seguridad social, Derecho financiero, Derecho marítimo, mercantil, Derecho sobre la propiedad industrial y Derecho ambiental.

Disciplina Derecho Internacional: Congrega dos asignaturas con identidad científica independiente: el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado, teniendo como común denominador las relaciones jurídicas en las que intervienen elementos extranjeros. Su importancia dentro del currículo de la carrera se fundamenta en la progresiva participación de Cuba en las relaciones internacionales y en la creciente dinámica de estas, las que ostentan una naturaleza compleja y en las que se insertan ciudadanos cubanos. Provee al estudiante de los principios e instituciones jurídicas que imperan en las relaciones interestatales e interpersonales internacionales.

La disciplina principal integradora es la de Fundamentos Teóricos y Prácticos del Desempeño Jurídico. Consta de un componente práctico y otro investigativo y aspira a ser complemento armónico de la formación teórica de que se va dotando al alumno con el resto de las disciplinas. Incluye los Ejercicios Jurídicos Integradores I; II; III; IV; y V y los Trabajos de Cursos I y II; así como los Ejercicios de Culminación de Estudios, es decir, el Examen Estatal y el Trabajo de Diploma. El primero como variante generalizada y ordinaria de culminación de estudios y el segundo como forma excepcional, de acuerdo con las posibilidades de oferta que presenten las carreras en los Centros de Enseñanza Superior del país. Esta disciplina propicia concluir las habilidades que integran los diferentes modos de actuación requeridos por el egresado para su desempeño profesional.

El Examen Estatal tiene prioridad como vía general y fundamental de culminación de los estudios de Derecho, y se desarrolla en una de las disciplinas estudiadas. También se mide el componente investigativo, pues en dicho ejercicio se realiza una disertación teórica sobre un tema de actualidad e importancia doctrinal, y en él debe demostrarse el conocimiento teórico de la cuestión y el empleo de las herramientas metodológicas que resulten pertinentes.

El Trabajo de Diploma es una vía excepcional de culminación de estudios. Estos trabajos podrán realizarlos aquellos estudiantes que tengan un elevado índice académico y hayan alcanzado buenos resultados en las actividades científico investigativas durante la carrera. Los Decanos, previa consulta o en coordinación con los correspondientes Consejos de Dirección en que se estudia la carrera, podrán dictar a principio de cada curso académico, las indicaciones necesarias que permitan seleccionar los estudiantes que realizarán los Trabajos de Diploma.

3.LA ORGANIZACIÓN DOCENTE-METODOLÓGICA

La estructura pedagógica se integra por colectivos de disciplinas y asignaturas formados por los correspondientes profesores y dirigidos por un docente de mayor grado científico y categoría académica, encargado de conducir metodológicamente el proceso de enseñanza aprendizaje. En la modalidad presencial, el proceso docente-educativo se desarrolla en dos formas esenciales: conferencias y clases prácticas.

En ellas se imparte, se debate y evalúa, respectivamente, el contenido de la asignatura. La evaluación del desempeño de los estudiantes es sistemática, ya sea de modo oral o escrito en las clases, mediante exámenes parciales y finales o trabajos extraclases. En la modalidad semipresencial se realizan clases encuentros orientadoras que persiguen dotar de métodos para el estudio independiente, evacuar dudas y valorar cómo los alumnos van aprendiendo la materia. También se realizan exámenes parciales y finales.

4.EL FUTURO PRÓXIMO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CUBA

En la actualidad nos aproximamos a un nuevo proceso para perfeccionar los estudios universitarios en el país. La carrera de Derecho que requiere ir a la par de los cambios socioeconómicos debe comenzar a trabajar en el diseño del nuevo Plan de estudios E, bajo dos presupuestos esenciales: el sistema de formación integral del profesional (idea ya concebida y puesta en práctica en el vigente Plan D); y el sistema de formación continua para lograr una adecuada articulación del pregrado y el posgrado. En tal sentido se pretende fortalecer el objetivo de formar un licenciado en Derecho competente, cuyas habilidades básicas le permitan especializarse en cualquier campo de acción profesional, en un tránsito continuo y armónico del pregrado al posgrado.

En tal sentido se pretende fortalecer el objetivo de formar un licenciado en Derecho competente, cuyas habilidades básicas le permitan especializarse en cualquier campo de acción profesional, en un tránsito continuo y armónico del pregrado al posgrado. Las bases para el plan E, instan a concebir desde la enseñanza de pregrado un sistema de formación continua de los profesionales. Para ello será necesario incidir en la distinción de los contenidos a impartir en la enseñanza de pregrado y en la de postgrado.

También se insiste en la idea de privilegiar aún más el autoaprendizaje del estudiante. En consecuencia, la actividad docente-metodológica habrá de encaminarse necesariamente al diseño de métodos que permitan la orientación y control del proceso docente con una concepción pedagógica que propenda a activar el papel del alumno como protagonista de su propia formación. Los procesos de perfeccionamiento y/o modificación del plan de estudios persiguen fortalecer la formación integral de los estudiantes, a fin de conseguir un egresado con competencia técnica y responsabilidad ética y social, misión fundamental de los docentes universitarios en su tarea de enseñar Derecho en la Cuba de hoy.